Offene Handelsgesellschaft

und

Allgemeine Gütergemeinschaft.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Johannes J. J. Spengel,
Referendar aus Hamburg.

Göttingen.
Druck von Louis Hofer.
1914.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. A. Einleitung: Inhalt des Themas 1
B. Ausführung.

I. Teil: Rechtslage, wenn Gegenstände der Frau nicht für die Gesellschaft verwendet werden.

§ 2. 1. Gütermassen der allgemeinen Gütergemeinschaft 2
§ 3. 2. Rechte des Gesellschafters 3
3. Die einzelnen Rechte:
§ 4. a. Die Mitgliedschaft im Ganzen 8
b. Die Sonderrechte 10
α) Die Ansprüche auf Gewinnanteil.
§ 6. 1. Ihr Umfang und Wesen 11
2. Ihr Entstehungszeitpunkt.
§ 7. aa. Die einzelnen Gewinnanteilsansprüche 12
§ 8. bb. Die Verfügung über künftige Rechte 27
§ 9. cc. Das Gewinnanteilsbezugsrecht . . . 33
§ 10. dd. Politische Rechtfertigung des Ergebnisses 38
β) Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben.
§ 11. 1. Sein Verhältnis zum Anteil 41
§ 12. 2. Übereinstimmung des gefundenen mit den Vorschriften über die Pfändung . . . 47
§ 13. 3. Regelung im Konkurse 55
§ 14. 4 Regelung beim Erbfall 57
5. Sein Entstehungszeitpunkt:
§ 15. aa. Die Ansicht des Reichsgerichts . . 59
§ 16. bb. Verfügungskonkurrenzen 63
§ 17. cc. Die theoretisch möglichen Entstehungszeitpunkte 65

Seite

§ 18. dd. Analoge Fälle der reichsgerichtlichen Praxis 71
§ 19. ee. Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben und Kapitalanteil 74
§ 20. ff. Entscheidung zu Gunsten des Liquidationsmomentes 77
§ 21. 6. Politische Rechtfertigung des Ergebnisses 80
§ 22. 4. Würdigung des ersten Teilergebnisses 82

II. Teil: Rechtslage bei Verwendungen.

§ 23. 1. Einleitung 84
§ 24. 2. Bruchteilsgemeinschaft und Anteilsgemeinschaft 85
§ 25. 3. Es liegen Verfügungen über den ganzen Gegenstand vor 91
§ 26. 4. Nicht abgehobene Gewinne 93
§ 27. 5. Bereicherungsansprüche 97
§ 28. C. Schluß 98

Literatur.

Abrahamson, D. J. Z. 1903, S. 343.
Affolter, Das Fruchtrecht.
„ Archiv für Bürgerliches Recht 35, 226.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts.
Bergk, Uebertragung und Pfändung künftiger Rechte, 1912.
Binder, Der Gegenstand, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 59.
„ Rechtsstellung des Erben, Bd. 3.
„ Problem der juristischen Persönlichkeit.
Brückmann, Grundbegriffe des Genossenschaftsrechtes, Archiv für Bürgerliches Recht 28, 223.
Cosack, Lehrbuch des BGB.
„ Lehrbuch des HGB.
Dennler, Blätter für Rechtsanwendung 67, S. 401.
Eccius, D. J. Z. 1904 und Gruchot 46 u. 53.
„ Leibrentenvertrag, Gruchot Bd. 45, S. 17.
Endemann, Lehrbuch des BGB.
Fischer-Henle, Handausgabe des BGB.
Fitting, Lehrbuch des Konkursrechtes.
Gaupp-Stein, Kommentar zur ZPO.
v. Gierke, Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 19.
„ Handelsrecht in Kohlers Encyklopädie Bd. I.
„ Genossenschaftstheorie.
„ Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 2. Aufl.
„ Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 44
„ Deutsches Privatrecht Bd. 1.
Goldmann, Kommentar zum HGB.
Grünebaum, Recht 1909, S. 660 ff.
Güthe, Grundbuchordnung.
v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch.

Hellmann, Lehrbuch des Konkursrechtes.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht.
Jäger, Kommentar zur Konkursordnung.
Joerges, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 49.
Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen, 1911.
Kiefer, Gehaltsverfügungen zum Nachteil der Gläubiger, 1913.
Kipp, Erbrecht.
„ Familienrecht II.
Knoke, Gesellschaftsrecht.
Kohler, Lehrbuch des BGB. Bd 1 und 2.
„ Encyklopädie Bd. I.
„ Grünhut, Bd. 13.
„ Prozeß als Rechtsverhältnis.
„ Lehrbuch des Konkursrechts.
Kretzschmar, Erbrecht.
Laband, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 30 u. 31.
Langheineken, Anspruch und Einrede.
Lehmann, Karl, Lehrbuch des Handelsrechts.
Leonhard, Erbrecht.
Makower, Kommentar zum HGB.
Meurer, Juristische Personen nach deutschem Reichsrecht.
Nagler, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht. Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeßrecht, 1911.
Neudegger, Archiv für Bürgerliches Recht 34, S. 51.
Oertmann, Schuldverhältnisse.
v. Ohmeyer, Verfügung über künftige Rechte.
„ Oesterreichische allgem. Gerichtszeitung, 1901.
Petersen-Kleinfeller, Kommentar zur Konkursordnung.
Pisco, Das Unternehmen als Gegenstand.
Planck, Kommentar zum BGB.
Reichel, Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 42.
Reichsgerichtsräte, Kommentar zum BGB.
Schollmeyer, Schuldverhältnisse.
Sarvey-Bossert, Kommentar zur Konkursordnung.
Sauke, J. W. 1905, S. 278.
Semeka, Wartrecht, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 35.
Seuffert, Konkurs-Prozeßrecht.
„ Kommentar zur ZPO.
Sohm, Gegenstand.
„ Noch einmal der Gegenstand, Jahrbuch für Dogmatik Bd. 53, S. 373 ff.

Sohm, Vermögensrecht, Gegenstand und Verfügung, Archiv für Bürgerliches Recht 28, 173.
Stammler, Nießbrauch an Forderungen.
Staub, Kommentar zum HGB.
Staudinger, Kommentar zum BGB.
Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht.
Strohal, Erbrecht.
Süss, Abtretung künftiger Ansprüche.
Sydow-Busch, Konkursordnung.
Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts.
v. Tuhr, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts.
„ Bankarchiv VII, S. 277.
Weisbart, Blätter für Rechtsanwendung 68.
Wilmowsky-Kurlbaum, Konkursordnung.
Wolff, Sachenrecht.

Motive und Protokolle zum BGB. und zur KO.

Entscheidungen:
des ROHG. Bd. 2, 5, 12, 13, 14, 21.
des RG. Bd. 1, 3, 5, 6, 8, 9, 11, 12, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 25, 26, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 39, 40, 42, 49, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 60, 65, 67, 68, 69, 74, 76, 77, 80.
der OLG. in Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 6, 7, 10, 11, 12, 14, 20, 21, 26.
Seuffert's Archiv: Bd. 15, 28, 40, 54, 60. 65, 67.
Juristische Wochenschrift, Jahrgänge 1888, 1889, 1891, 1895, 1896, 1899, 1904, 1905, 1907, 1910.
Gruchot, Bd. 38, 43.
Badische Rechtspraxis, 1909.

Abkürzungen.

Es bedeutet:

Arch. = Archiv für Bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann.
Z. = Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Jahrb. = Jahrbuch für Dogmatik.
S. A. = Seuffert's Archiv.
J. W. = Juristische Wochenschrift.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548110_0069

§ 1.

„Offene Handelsgesellschaft und allgemeine Gütergemeinschaft", unter dieser Bezeichnung sollen die Fragen behandelt werden, die sich aufwerfen lassen, wenn der in der allgemeinen Gütergemeinschaft lebende Ehemann Gesellschafter in einer offenen Handelsgesellschaft ist. Da bei bestehender Ehe nach dem geltenden System der allgemeinen Gütergemeinschaft der Ehemann die alleinige Verfügungsgewalt über das eheliche Gesamtgut hat, demgemäß etwaige Rechte der Frau nicht erheblich zur Geltung kommen, so ist es ratsam, den Moment zum Ausgangspunkt zu nehmen, in dem die Rechte der Frau praktisch werden; der einfachste Fall, bei dem diese Fragen am klarsten sichtbar werden, ist der der Scheidung. Wir fragen demnach: welche Rechte hat im Falle der Scheidung die in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Ehefrau aus dem Grunde, daß der Ehemann im Momente der Scheidung Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft ist.

Solche Rechte können theoretisch auf zweierlei Grundlagen beruhen: Auf dem Rechte der Frau am Gesamtgut oder auf einem Anspruche der Frau wegen Bereicherung des nicht zum Gesamtgut gehörenden Vermögens des Ehemanns. Letztere Ansprüche werden auf Verwendungen von ehelichem Gesamtgute zum Nutzen von Vorbehaltsgut oder Sondergut beruhen. Wir finden demgemäß als Gliederung unseres Themas

zwei Abschnitte, in deren ersteren, dem Haupteil, der Fall behandelt wird, daß Verwendungen in die offene Handelsgesellschaft nicht stattgefunden haben, in deren zweitem, bedeutend kürzerem, daß solche Verwendungen erfolgt sind.

§ 2.

Die Gütermassen der allgemeinen Gütergemeinschaft zerfallen in das Gesamtgut, zwei Vorbehaltsgüter und zwei Sondergüter. Die Qualität als Vorbehaltsgut beruht darauf, daß eine Bestimmung irgend einer Art getroffen ist, die sie zur Folge hat. Das Vorbehaltsgut beruht also auf vertraglicher oder besser rechtsgeschäftlicher Grundlage. Wir können von ihm also absehen, da wir versuchen wollen, gerade die gesetzliche Regelung zu erforschen. Die Eigenschaft als Sondergut ist dagegen nicht unmittelbar Resultat rechtsgeschäftlicher Vorgänge, sondern entsteht unmittelbar als gesetzliche Folge einer Eigenschaft eines bestimmten Gegenstandes; Sondergut sind Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können. Möglich ist also, daß die Sondergutsqualität unmittelbar ebenfalls auf Rechtsgeschäft beruht — wenn nämlich die Übertragbarkeit eines Gegenstandes, im wesentlichen einer Forderung, vertraglich ausgeschlossen ist. Unmittelbar ist aber lediglich das Gesetz Quelle der Sondergutsqualität.

Im Falle der Scheidung hat die Frau außer auf ihr Vorbehalts- und Sondergut Anspruch auf die Hälfte des ehelichen Gesamtgutes (BGB. § 1476), während das Sondergut des Mannes ihrem Anspruche unmittelbar entzogen ist. Demgemäß ist zu fragen: Welche Rechte des offenen Handelsgesellschafters gehören im Momente der Scheidung zum Gesamtgute, oder welche übertragbaren Rechte hat ein offener Handelsgesell-

schafter in einem bestimmten Momente bei bestehender Gesellschaft?

Um die Frage zu beantworten, bedarf es eines kurzen Überblicks über die in dem Rechtsverhältnis der offenen Handelsgesellschaft überhaupt vorkommenden Rechte.

§ 3.

„Rechtsverhältnis der offenen Handelsgesellschaft", damit soll von vornherein ausgeschlossen werden die Ansicht, daß die offene Handelsgesellschaft kein Rechtsverhältnis, sondern ein Rechtssubjekt sei, daß wir in der offenen Handelsgesellschaft eine juristische Person zu erblicken hätten. Nach langem Hin und Her der Meinungen ist seit geraumer Zeit die Ansicht jedenfalls als die herrschende zu bezeichnen, die in der offenen Handelsgesellschaft keine juristische Person erblickt; so war die konstante Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts[1]) sowie für neues und altes Recht die Rechtsprechung des Reichsgerichts[2]); dahin geht auch die fast einstimmige Meinung der Literatur[3]). Dagegen, ohne jede nähere Begründung als der Berufung auf die sich sonst ergebenden Schwierigkeiten Kohler sowohl für das Recht des DHGB., wie für das jetzt geltende Recht[4]). Ich schließe mich der herrschenden Meinung an, mit der Ueberlegung, daß namentlich die unbeschränkte Haftung und die unmittelbare primäre Haftung der einzelnen Gesellschafter für die von der Gesellschaft eingegangenen Schulden nicht ein Moment ist, das neben die O. H. als juri-

---

[1]) z. B. Entsch. 2,39; 5,209; 12,261; 14,5.

[2]) R. G. 5,55; 3,57; 9,144; 30,152; 54,280; 56,100.

[3]) z. B. Gierke, Enz. I, 931; Hellwig, Anspruch und Klagrecht 267; Lastig in Endemanns Handbuch I, 336; Laband, Z., Bd. 30, S. 519.

[4]) Enz. I, 695; Grünhut 13 (1886) S. 8.

stische Person als selbständiges Sonderprinzip tritt, das nur gesetzlicher, ausdrücklicher Bestimmung seine Entstehung verdankt, sondern, daß in dieser Haftung, ohne die die O. H. nicht wäre, was sie ist, elementar zum Ausdruck kommt, daß die O. H. nichts weiteres ist, wie ein System, nach dem bisher gesondert tätige Individuen sich vereinigen, um gemeinsam zu handeln. Diesen Gedanken hat Laband dahin präzisiert[1]): Vereinigungen, bei welchen das objektive Recht die Mitglieder von der Haftung befreit, sind juristische Personen; Vereinigungen, bei denen Mitglieder als solche für die zur Erreichung des Gemeinschaftszweckes eingegangennn Verbindlichkeiten haften, sind Rechtsverhältnisse.

Nimmt man aber an, daß die O. H. keine juristische Person sei, so ist in der Tat, wie das Reichsgericht einmal ausgeführt[2]), jede Auffassung ausgeschlossen, die den einzelnen Gesellschaftern ein Teilrecht an dem Vermögen der Gesellschaft absprechen will. Entweder juristische Person oder Mitberechtigung der einzelnen Gesellschafter, ein drittes gibt es nicht[3]). Ein treffendes Argument für die Ansicht, daß die O. H. keine juristische Person sei, liegt auch darin, daß § 105 Abs. 2, HGB. die subsidiäre Geltung des BGB. Gesellschaftsrechtes anordnet, und so selbst die O. H. nur als eine Abart der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft darstellt. Demgemäß sind die für unsere Frage wesentllichen Punkte auch nicht im HGB., sondern im BGB. geregelt. Das HGB. § 124 bestimmt nur, daß die O. H. unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen,

[1]) Z. Bd. 30, S. 502/503. Vergl. auch Meurer, juristische Personen. S. 75.

[2]) RG. 65,230.

[3]) So: ROHG. 12,260: Sohm, Gegenstand S. 70; Meurer, S. 85; Staub I, 472; a. A. mindestens dem Ausdruck nach RG. 18,43; 25,256; 56,432. Dagegen Tuhr S. 358.

Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden kann. Der Anschein, als ob hier ausdrücklich die O. H. als juristische Person anerkannt sei, läßt sich leicht zerstören, wenn man die O. H. als das faßt, was sie ist, als Gesellschaft; dann steht in § 124 nur, daß eine Gesellschaft statt unter dem Namen ihrer Gesellschafter unter einem Sammelnamen Rechte und Verbindlichkeiten eingehen kann.[1]) Daß dies keine bloße Äußerlichkeit ist, zeigt sich weiter unten[2]), es ist aber nicht geeignet, die O. H. zur juristischen Person zu stempeln. Das den Gesellschaftern unter der Firma der O. H. zustehende Vermögen ist nichts anderes als das Gesellschaftsvermögen des BGB.: Gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter[3]).

An diesem Gesellschaftsvermögen schreibt das BGB. § 719 dem Gesellschafter nun einen Anteil zu und bestimmt gleichzeitig, daß ein Gesellschafter über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht verfügen kann; daneben erwähnt ist ein Anteil an den einzelnen Gegenständen und für diesen die gleiche Verfügungsbeschränkung statuiert.

Anteil tritt also an den maßgebenden Stellen in Verbindung mit dem Gesellschaftsvermögen auf und diese diese Verbindung ist m. E. aufrecht zu erhalten[4]), wenn man an eine Begriffsbestimmung geht. Was

---

[1]) Vgl. Lehmann S. 294.

[2]) Wichtig wird der Unterschied namentlich beim Ausscheiden eines Mitgliedes: Unrichtigkeit des Grundbuches Vgl. Gierke, Vereine S. 24.

[3]) Auch die Möglichkeit eines Gesellschaftskonkurses und der Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen auf Grund eines Titels gegen die Gesellschaft zwingt nicht zur Annahme einer juristischen Persönlichkeit, Lehmann 294.

[4]) v. Tuhr 358: Die Stellung des einzelnen Gesellschafters zum Gesellschaftsvermögen nennt man den Anteil.

Anteil eigentlich ist, ist in der Literatur äußerst verschieden beantwortet worden. Namentlich sein Verhältnis zu anderen im Gesetz erwähnten Rechten; Rechten des § 717 BGB.: Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegen einander zustehen, Ansprüche aus der Geschäftsführung, Ansprüche auf einen Gewinnanteil, und Anspruch auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt. Endemann[1]) sieht im Anteil lediglich eine abgekürzte Bezeichnung für den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben. Diese Auffassung erklärt sich daraus, daß Endemann überhaupt jede Beteiligung des Gesellschafters als einzelnen am Vermögen der Gesellschaft leugnet. Die Mitberechtigung kommt ihm nur durch die Mitgliedschaft in dem persönlichen Verbande zur Geltung; weder dingliche noch obligatorische Anteilrechte.

Eine ähnliche Anschauung finden wir auch bei Makower[2]) und ähnliche Gedanken bei v. Hahn[3]), wo Anteil bedeuten soll sowohl das, was der Gesellschafter bei bestehender Gesellschaft aus der Gesellschaftskasse entnimmt, als das, was bei ihm bei beendigter Gesellschaft zukommt. Nach Kohler (II, 1 S. 395) ein Verhältnis des Sachenrechts, nach Jörges (Z. 49, S. 194) der Komplex der innerhalb des Gemeinschaftsverhältnisses für den einzelnen Gesellschafter sich ergebenden Ansprüche und Verpflichtungen inkl. der etwaigen dinglichen Berechtigung am Gegenstand der Gemeinschaft. Hellwig[4]) versteht unter Anteil das

[1]) II. 2, S. 44. I, S. 1141.

[2]) I, S. 279/280.

[3]) I, 342,

[4]) Anspruch und Klagrecht S. 200, Anm. 8; ähnlich auch Neudegger, Archiv Bd. 34, S. 41, nahestehend auch RG. 57,54: Anteil gleich Zugehörigkeit zu der Gesellschaft und der dadurch vermittelten Berechtigung am G. V.

Gesellschaftsrecht im Ganzen, Kaufmann[1]) die Mitträgerschaft an der Gemeinschaftssphäre.

M. E. ist von dem Anteil einmal zu unterscheiden, die Mitgliedschaft in der O. H. im ganzen. Etwas anderes sind dann aber ferner auch die einzelnen Rechte, die dem Gesellschafter zustehen. Dabei leugne ich nicht, daß das Gesetz selbst dazu neigt, Anteil und Gesellschaftsrecht durcheinander zu bringen. Weiter unten wird gezeigt werden, daß z. B. in der ZPO. § 859 und BGB. § 735 unter Anteil das Gesellschaftsrecht zu verstehen ist. Aber für die Ansicht, daß Anteile lediglich die Stellung zum Vermögen betrifft, spricht einmal die Tatsache, daß Anteile in der gleichen Bedeutung auch bei der Bruchteilsgemeinschaft vorkommt, (§ 742 ff. BGB.), daß § 709 Anteil in Verbindung mit Gesellschaftsvermögen bringt und daß ein Ausdruck für die Beziehung des Gesellschafters zum Gesellschaftsvermögen unentbehrlich ist.

Wie der Anteil näher zu konstruieren ist, diese Frage interessiert an dieser Stelle noch nicht. Darauf wird im zweiten Teile der Arbeit eingegangen werden. Wir haben also folgende Rechte des einzelnen Gesellschafters:

1. Das Mitgliedschaftsrecht im Ganzen, die Stellung, die sich für den Ehemann ergibt, daraus, daß er den Gesellschaftsvertrag abgeschlossen hat.

2. Der Anteil. Er ist unübertragbar nach ausdrücklicher Vorschrift; auf seine Zugehörigkeit zum ehelichen Gesamtgute kann die Frau Ansprüche nicht stützen[2]).

---

[1]) S. 51.

[2]) Staudinger II, 2, S. 1306: Der Anteil eines Gesellschafters gehört, weil nicht übertragbar, nicht zu dem Gesamtgute im ehelichen Güterrecht. Ebenso Gierke, Theorie S. 543 Anm. 1. Gierke folgert das mit Recht nicht aus der Unüber-

3. Rechte gegen die Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrage; sie sind unübertragbar, demgemäß fallen z. B. Ansprüche auf Beiträge nicht ins Gesamtgut[3]).

4. Ansprüche aus Geschäftsführung, auf einen Gewinnanteil, sowie auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt. Sie sind kraft ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes übertragbar; dabei kann dahingestellt bleiben, gegen wen diese Ansprüche sich richten, ob gegen die anderen Gesellschafter oder gegen die Gesellschaft[4]).

Die Rechte unter 1. und 4. sind also scheinbar günstige Grundlagen für eine Anspruchbegründung der Frau.

§ 4.

Man könnte von des Idee ausgehen, daß mit der Eingehung der Ehe an die Stelle des Mannes das

---

tragbarkeit des Anteils als vielmehr aus der Natur des Gesellschaftsrechtes. Diese Deduktion war nötig, weil zu der Zeit, als die Theorie erschien, das Gesetz noch nicht ausdrücklich die Unübertragbarkeit anerkannt hatte.

Hier sei auch ein analoger Fall erwähnt, der die Rechtsprechung einmal beschäftigt hat: die Frage, ob der Anteil eines Abkömmlings an der fortgesetzten Gütergemeinschaft zum Gesamtgut seiner eigenen Gütergemeinschaft gehöre. Sie ist verneint worden; der Anteil wurde ins Sondergut verwiesen. Vgl. Staudinger 346, Dennler in Bl. f. R. A. 67, 401; Weisbarth ebenda 68, 349. Bayer. Oberst. L. G. Entsch. 5, 111; 287; Stobbe-Lehmann IV, 256; Koch, ALR. II, 1 §§ 363 und 1004.

[3]) Ich nehme an, daß die Ansprüche auf die Beiträge nicht zum Gesellschaftsvermögen gehören, sondern die typischen Rechte sind, die mit der actio pro socio geltend zu machen sind, a. A. Gierke, Vereine S. 21. Wie hier Kaufmann und eingehend Planck zu § 718, Abs. 2. Ebenso RG. 54, 297; 76, 436; anders RG. 76, 280.

[4]) Ich nehme letzteres an und sehe gerade darin den Grund für ihre Übertragbarkeit.

Ehepaar als Mitglied der offenen Handelsgesellschaft getreten ist. Aus dieser Mitgliedschaft würde sich dann ohne weiteres ergeben, daß auch der Anteil dem Ehepaar zustände, und es würde nur fraglich sein, wie dieses Mitgliedspaar bei der Scheidung der Ehe sich auseinanderzusetzen hätte. Der ganze Ausgangspunkt ist aber irrig. Das ADHGB. sagte in Art. 98 Abs. 1 ausdrücklich: Ein Gesellschafter kann ohne die Einwilligung der übrigen Gesellschafter keinen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen. Das ist im Grunde eine Selbstverständlichkeit und der Absatz 1 deshalb im neuen HGB. wie im Gesellschaftstitel des BGB. fortgelassen[1]). Die Mitgliedschaft in der O. H. ist ja nichts anderes als der Ausdruck für die Stellung dessen, der einen obligatorischen Vertrag abgeschlossen hat. Der Vertrag begründet aber nur personenrechtliche Verhältnisse zwischen den Parteien, in denen allerdings vermögensrechtliche Elemente enthalten sein können. Das sind denn aber immer nur einzelne Ansprüche, die in das Gesamtgut fallen. Die eheliche Gütergemeinschaft ist eben eine Gemeinschaft der Güter; auf vermögensrechtliche Rechte beschränkt sich die Gemeinschaft. Die konsequente Durchführung des hier bekämpften Gedankens müßte die Frau aus jedem berechtigenden oder verpflichtenden Vertrage des Mannes zur Gläubigerin oder Schuldnerin machen; davon kann keine Rede sein. Die Haftung des ganzen Gesamtgutes für Schulden des Mannes steht natürlich auf einem ganz anderen Platze[2]). Das Gesellschaftsrecht und der in ihm enthaltene Anteil können m. E. auch

[1]) Als überflüssig: Staub I, 485.

[2]) Ebenso schon Ulpianus (Di 19 pro socio XVII 2): Qui admittur socius, ei tantum socius est, qui admisit, et recte: cum enim societas consensu contrahatur, socius mihi non esse potest, quem ego socium esse nolui. Quid ergo, si socius meus eum admisit ei solum socius est.

dann nicht ins Gesamtgut fallen, wenn der Anteil für übertragbar erklärt ist. Der Anteil allein ist auch dann nicht übertragbar, es würde dann nach übertragenem Anteil einen Gesellschafter ohne Anteil geben, und das ist ein Unding in sich; denn der Anteil ist Recht eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen; daß sein Inhaber Gesellschafter sei, ist immanente Eigenschaft des Anteils[1]). Und auch das übertragbare Gesellschaftsrecht kann nicht ins Gesamtgut fallen; denn es ist trotz seiner Übertragbarkeit kein Vermögensrecht; so wenig wie die Stellung des Verkäufers durch die Gestattung, einen anderen an seine Stelle innerhalb des Vertragsverhältnisses zu setzen, zu einem Vermögensrecht wird.

§ 5.

Da die Mitgliedschaft, einmal, weil nicht Vermögensrecht, sodann, weil nicht übertragbar, nicht in das Gesamtgut fällt, so ist die Frage danach, ob Ansprüche auf Gewinnanteil und aus Geschäftsführung und auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, ins Gesamtgut fallen, nicht damit zu erledigen, daß sich dies aus einer viel weiter gehenden Berechtigung von selbst ergäbe.

Die Ansprüche aus Geschäftsbesorgung lassen wir beiseite, sie bieten nichts besonderes vor anderen Ansprüchen aus Geschäftsbesorgung. Im zweiten Teile werden wir noch kurz auf sie zurückkommen.

Ansprüche auf Gewinnanteil und das Auseinandersetzungsguthaben sind übertragbar. Es ist damit aber auch keineswegs gesagt, daß deswegen diese Ansprüche ohne weiteres ins Gesamtgut fallen und in welchem

[1]) So auch Gierke Vereine S. 27. Im Resultat ebenso: Sohm: S. 68: In diesen Fällen ist die Mitgliedschaft des Gesamtberechtigten ausnahmsweise Gegenstand nach Art der Vermögensrechte.

Umfange sie dies tun. Dies ist vielmehr bei den einzelnen Ansprüchen des näheren zu untersuchen.

§ 6.

Wir nehmen hier zunächst für die Ansprüche auf Gewinnanteil nur den Fall, daß bis zur Scheidung der Mann alle Forderungen auf solche eingezogen hat, sodaß es sich nur noch um die Gewinnanteile handelt, die nach der Scheidung fällig werden. Die Frage spitzt sich also dahin zu: Sind mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages[1]) bereits die einzelnen Ansprüche auf Gewinnanteil bis zur Auflösung der offenen Handelsgesellschaft entstanden? Oder besteht wenigstens ein Bezugsrecht, das als selbständiges, aus dem Mitgliedschaftsrechte losgelöstes Recht in das Gesamtgut fällt und zur Hälfte demnach der Frau zusteht?

Bevor wir beide Argumente auf ihre Stichhaltigkeit hin prüfen, verweilen wir einen Augenblick dabei, was denn eigentlich die Ansprüche auf Gewinnanteil sind. Im alten HGB. war die Sache so, daß die Gesellschafter, einerlei, ob Gewinn oder Verlust erzielt war in der Rechnungsperiode, ihre Einlagen mit 4% verzinst erhielten und, falls dann noch Gewinn vorhanden war, dieser nach Köpfen verteilt wurde. Praktisch sah also die Sache so aus, daß in schlechten Zeiten die Gesellschafter, die nicht mit Kapitaleinlagen beteiligt waren, den anderen Gesellschaftern z. T. die Einlagen verzinsen mußten. Bei der Beratung des neuen HGB. fand man dies unangebracht und so entstand die Regelung des neuen Handelsrechts. Wird kein Gewinn gemacht, so hat kein Gesellschafter Anspruch auf irgendwelche Zinsen; er hat lediglich die Befugnis,

[1]) Der Moment der Scheidung kann hier unmöglich, als etwas außerhalb der Gesellschaftssphäre liegenden, von irgendwelchem Einfluß sein.

4 % der für die letzte Rechnungsperiode festgestellten Einlage zu entnehmen. Wird Gewinn erzielt, so bekommen zunächst die mit Einlagen beteiligten Gesellschafter Zinsen, jedoch höchstens 4 %; der Rest des Gewinnes wird im Zweifel nach Köpfen verteilt. Neben die Kapital-Dividende tritt die Personal-Dividende. Beide Dividenden sind richtige Ansprüche auf Gewinnanteil; sie sind also übertragbar. Übertragbar waren nach altem Recht aber wohl auch die 4 % festen Zinsen. Anders steht es aber mit den heutigen 4 %, die entnommen werden dürfen. In dieser Befugnis ist ein Anspruch auf Gewinnanteil selbst bei Annahme des weitesten Sinnes des Wortes nicht zu verstehen. In der Zahlung dieser 4 % ist lediglich eine Rückzahlung von Kapital zu sehen, die gestattet wird aus denselben Rücksichten heraus, die einen Einzelkaufmann dazu bringen, im schlechten Jahre, wo kein Gewinn erzielt ist, das Kapital anzugreifen [1]).

§ 7.

Daß die Ansprüche auf Gewinnanteil bis zur Auflösung der O. H. ins auseinandersetzungspflichtige Gesamtgut fallen, läßt sich, wie wir schon sahen, damit begründen, daß alle diese Ansprüche schon im Momente der Scheidung entstanden seien. Die Ansprüche eines Gesellschafters auf Gewinnanteile [2]) stehen auf einer Linie mit den Ansprüchen z. B. des Vermieters auf Mietzins, des Darlehnsgläubigers auf Verzinsung des hingegebenen Kapitals. Allemal wird eine Leistung gewährt und gemäß der Dauer dieser Leistung eine Vergütung bezogen. Und allemal stellt sich der An-

[1]) So auch RG. 67, 15; Staub 1, S. 484.

[2]) Über den umgekehrten Fall der Rübenlieferungspflicht siehe RG. 26, 290.

spruch auf die Vergütung als Frucht des Rechtsverhältnisses dar[1]).

Es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß die Mietzinsen, die ein Haus abwirft, sich als Früchte charakterisieren, sei es als Früchte eines Rechtsverhältnisses, nämlich des Mietverhältnisses, oder Früchte, die eine Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt. Und ebenso liegt die Sache bei der offenen Handelsgesellschaft; die Ansprüche auf Gewinnanteil sind die Früchte des Gesellschaftsverhältnisses[2]). Zwischen Mietzins- und Gewinnanteils-Ansprüchen und den Zins-Ansprüchen bei verzinslichen Darlehen kann man m. E. ebenfalls unbedenklich vollkommene Parallelität annehmen; denn wenn man auch beim verzinslichen Darlehen und in ähnlichen Fällen meist sagt, daß das Kapital die Zinsen trage[3]), so ist es nur eine verständliche Breviloquenz[4]).

In Wahrheit bringt nicht das Kapital die Zinsen hervor, sondern das Rechtsverhältnis, z. B. der Darlehnsvertrag. Ebenso sind die Früchte nicht die Zinsen, sondern Ansprüche auf die Zinsen, nicht anders wie bei fructus naturales nicht die Früchte, sondern das Eigentum an den Früchten[5]) Frucht ist, sei es des Eigentums oder eines anderen Recht.

Es liegt also bei den Zinsansprüchen eines Darlehnsvertrages nicht anders wie bei einem Miet- oder

---

[1]) Daß die Ansprüche, und nicht das Resultat der Ansprüche die Früchte sind, wird kaum noch verkannt: Vgl. BGB. § 1126, Affolter, Fruchtrecht S. 49, Enneccerus I, 309.

[2]) Die Fruchtnatur betonen: Affolter, Fruchtrecht S. 145/146 u. Reichel, Jahrb. Bd. 42, 295.

[3]) Zum Beispiel Schollmayer II, 1, S. 19; Staudinger II, 1, S. 36.

[4]) Richtig Enneccerus I, 1, S. 309/311; vor allem Stammler S. 69: das Erzeugende von juristischen Früchten ist nicht die Sache, sondern das Forderungsrecht.

[5]) Affolter, S. 49.

Gesellschaftsverhältnis, und was von den Darlehnszinsen gilt, ist ohne weiteres auf die Ansprüche aus den anderen Rechtsverhältnissen zu übertragen.

Charakterisieren sich diese Ansprüche nun aber als Früchte, so ist damit implicite festgestellt, daß sie nicht schon mit Entstehung des Grundrechtsverhältnisses entstehen, sondern erst später im Laufe der Zeit. Das Nacheinanderentstehen scheint mir ein wesentliches Begriffsmerkmal der Frucht zu sein. Bei den fructus naturales unterliegt das keinem Zweifel. Kaufe ich einen Apfelbaum, so wird kein Mensch behaupten, ich hätte auch die Äpfel gekauft, die dieser Baum vielleicht einmal nach 10 Jahren tragen wird[1]). Bei den fructus civiles der oben erwähnten Art besteht aber lebhafter Streit darüber, wann die einzelnen Ansprüche existent werden, ohne daß bisher über den Entstehungszeitpunkt eingehend gehandelt worden wäre. Die Frage wird überall da akut, wo es sich darum handelt, festzustellen, ob ein bestimmtes Recht der charakterisierten Art zu einem bestimmten Zeitpunkt zum Vermögen einer Person gehört oder nicht, vor allem, ob solche Rechte zur Konkursmasse gehören und ob sie als Konkursforderung geltend gemacht werden können. Ferner ist die Frage behandelt worden im Anschluß an die letzthin vielfach erörterte Frage, ob über zukünftige Rechte verfügt werden könne.

Die Frage nach dem Zeitpunkt der Existenzwerdung der Gewinnanteilsansprüche wird vom Reichsgericht dahin beantwortet, daß diese Ansprüche schon mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages entstehen[2]).

Ohne jede weitere Begründung schließt sich ihm

---

[1]) Stammler, S. 111: Es entsteht, analog der körperlichen Frucht aus der körperlichen Sache, eine neue Forderung aus der ursprünglichen Forderung als juristische Frucht.

[2]) RG. 60, 130.

der Kommentar des RGR., sowie Staudinger an[1]). Eine Mittelmeinung nimmt an, daß mit dem Vertragsabschlusse bereits ein Wartrecht entstanden sei. Derartige Wartrechte haben aber für unsere Frage keine besondere Bedeutung, wenigstens nicht, wenn man annimmt, daß Wartrechte immerhin schon Vorläufer des Vollrechtes sind und daher deren Schicksal teilen. In unserem Falle würde also die Annahme eines Wartrechtes bedeuten, daß die Ansprüche mit Gewinnanteil alle miteinander ins Vermögen gehören[2]). Ein derartiges Wartrecht nimmt z. B. Semeka[3]) an.

Es ist übrigens nicht durchaus klar, was im gegebenem Falle unter Anwartschaft zu verstehen ist, ob diese Anwartschaft sich auf einen einzelnen Anspruch bezieht, sodaß soviele Anwartschaften beständen, wie Ansprüche entstanden sein werden, oder ob sie sich auf die Summe aller dieser Ansprüche bezieht; dann würde diese Anwartschaft im wesentlichen dasselbe sein, wie unser Bezugsrecht, über das weiter unten zu sprechen ist.

Von Thur (S. 180) nennt Anwartschaften werdende Rechte; werdende Rechte sind aber immerhin schon Rechte, denen nur noch etwas zu ihrer vollen Entwicklung fehlt; wieviel dies Etwas sein kann, darauf kommt es hier nicht an. Wesentlich ist nur, daß etwas schon da sein muß. Allzuweit darf man aber den Begriff Anwartschaft nicht fassen, wenn man ihn nicht zu sehr verflüchtigen und dadurch ihm die juristische Brauch-

---

[1]) 1, S. 535 und Staudinger II, 2, S. 1298.

[2]) Daß bedingte und befristete Rechte zum Vermögen gehören, ist nicht bestritten und unbestreitbar: RG. 16, 126; 36, 32; 39, 107; 67, 427; Enneccerus I, 489; Förster-Eccius I, 85; v. Tuhr 318; Endemann II, 2 S. 44; Jäger KO. § 1. Anm. 54; Staudinger I, 535; Petersen-Kleinfeller KO. S. 11; Leonhardt Erbrecht S. 5; Seuffert II, S. 521.

[3]) Arch. Nr. 35, S. 152.

barkeit nehmen will[1]). Man wird also nicht jene Möglichkeit künftig ein Recht zu erwerben, Anwartschaft nennen können. Ja nicht einmal die sichere Gewißheit, später einen Anspruch zu erwerben, darf man so ohne weiteres unter die Anwartschaftsrechte und damit zu den Vermögensrechten zählen. Ein typisches Beispiel scheint mir hierfür eine Alimentationsforderung eines Verwandten zu sein, der im Sinne des § 1602 BGB. mittellose Verwandte eines Reichen hat gewiß das Anrecht auf Unterstützung; nach § 3 Abs. 2 KO. können Ansprüche für die Zukunft dennoch nicht geltend gemacht werden; der Grund ist darin zu sehen, daß diese Ansprüche noch nicht existieren; auch ohne gesetzlicheRegelung müßte dasselbe gelten[2]).

Die lediglich bedingten Rechte im Sinne Langheineken's sind demnach nicht unter den Begriff Anwartschaft zu bringen. Für den Begriff Anwartschaft bleibt immerhin die Bedeutung als Oberbegriff für betagte und bedingte Rechte[3]).

Hellwig[4]) läßt die Ansprüche auf den Gewinnanteil erst im Laufe der Zeit entstehen und derselben Ansicht ist v. Tuhr (S. 221). Für die Mietzinsen vertritt Hellmann[5]) den Standpunkt, daß die Ansprüche schon mit Vertragsabschluß entstehen. Für Gehaltsraten z. B. Kiefer[6]). Dieser bringt aber m. E. das Recht auf die einzelne Leistung mit dem Recht auf alle Leistungen durcheinander; das Recht auf alle Leistung ist doch

---

[1]) Bergk. S. 76/77.

[2]) Kipp, Familienrecht S. 375 Anm. 63; Sydow-Busch KO. S. 37 zu § 3.

[3]) Langheineken selbst hält S. 67 die Ansprüche aus § 717 Abs. 2 BGB. für betagte, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann.

[4]) Anspruch und Klagrecht S. 40 und 414.

[5]) Lehrbuch der KO. S. 383.

[6]) S. 24.

nach Abschluß des Vertrages nicht bedingt, bedingt kann nur ein Recht auf die einzelne Leistung sein.

Hellwig, Kohler, v. Tuhr u. a.[1]) vertreten auch für den Mietvertrag die Ansicht, daß die Ansprüche auf die einzelnen Zinsen oder Zieler erst im Laufe der Zeit gemäß dem überlassenen Gebrauch der Mietsache entstehen. Ich halte die letzte Ansicht für die richtige und zwar aus folgenden Gründen:

1. Einen Anwendungsfall unseres Prinzipes sehe ich schon in der Regelung, die die KO. hinsichtlich der hier interessierenden Fragen getroffen hat. Für die Entstehungszeit von Rechten ist die KO. in zweierlei Hinsicht von Bedeutung:

Einmal gehört gemäß § 1 KO. nur das Vermögen des Gemeinschuldners zur Konkursmasse, das ihm zur Zeit der Konkurseröffnung gehört; zweitens dient gemäß § 3 die Konkursmasse nur zur gemeinschaftlichen Befriedigung der persönlichen Gläubiger, die einen zur Zeit der Konkurseröffnung begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben.

Die Konkursordnung vermeidet es nun zwar, in detaillierten Bestimmungen die Entstehungszeit von Rechten zu präzisieren, oder auch nur einen allgemeinen Gesichtspunkt dafür aufzustellen. Einzelne Bestimmungen sind aber doch getroffen, aus denen sich eine allgemeine Richtlinie für die Beantwortung unserer Frage ergibt. Im Anschluß an die Bestimmungen der KO. sind außerdem eine Reihe von höchstrichterlichen

---

[1]) Anspruch und Klagrecht S. 383; Prozeß als Rechtsverhältnis S. 63 u. 84; v. Tuhr S. 126; Grünebaum im Recht 1909 S. 660 ff. und OLG. München Rechtsprechung Bd. XX, S. 108; Bergk. S. 91, will da noch unterscheiden, ob der Mietvertrag auf bestimmte Zeit abgeschlossen ist oder nicht. J. W. 04 S. 389, 17 behauptet, daß die unter § 258 ZPO. fallenden wiederkehrenden Ansprüche nicht lediglich in der Geltendmachung herausgeschoben sind. Vgl. auch J.W. 89, S. 145, 112.

Entscheidungen ergangen, die deshalb von großem Werte sind, weil die verschiedenen Fragen, die sie behandeln, davor behüten, die Sachlage zu einseitig zu betrachten.

Die §§ 19 und 20 KO. bieten einen wesentlichen Anhaltspunkt für unsere Fragen; hier ist bestimmt, daß der Konkursverwalter wie der Gegenkontrahent das Miets- resp. Dienstverhältnis kündigen können. Bis sie das tun, läuft der Vertrag ruhig weiter. Bis zur Konkurseröffnung fällig gewordene Ansprüche auf Gehalt oder Mietzinsen sind als Konkursforderungen geltend zu machen; die Forderungen nach der Konkurseröffnung bis zu der Zeit, für welche die Kündigung wirkt, sind als Masseforderungen geltend zu machen. § 39 Abs. 2 Halbs. 2. Infolge der Kündigung entsteht für den Kontrahenten lediglich eine Forderung wegen Nichterfüllung, die wiederum lediglich als Konkursforderung geltend zu machen ist.

Die Bestimmung, daß die Ansprüche für die Zeit, zwischen Konkurseröffnung und Kündigung Masseforderung sind, läßt sich nur damit begründen, daß diese Ansprüche erst während dieser Zeit entstehen, sonst wäre nicht einzusehen, weshalb diese Ansprüche nicht einfach als Konkursforderungen behandelt würden, wie doch auch die Kaufpreisforderung dessen, der zur Zeit der Konkurseröffnung schon voll vorgeleistet hatte, lediglich Konkursforderung ist, obwohl doch auch hier die Masse den vollen Betrag dessen, für das die Konkursforderung (die Kaufpreisforderung) die Gegenleistung bildet, zur Verfügung hat, und auch die Gegenleistung für die Mietzinsen, z. B. die Wohnung, wenn ein Aftervermietungsrecht ausgemacht wäre, mit größtem Nutzen für die Masse geltend gemacht werden könnte.

Nun könnte man sagen, daß beim Mietvertrage Leistung und Gegenleistung viel enger zusammenhängen, als beim Kaufvertrag; eben in diesem Zu-

sammenhang zeigt sich auch m. E., daß die fraglichen Ansprüche erst im Laufe der Zeit entstehen. Das Gefühl, das wir haben, daß beim Mietsvertrage Gebrauchsüberlassung und Mietzinsanspruch in viel engerem Zusammenhang stehen, ist nur eine Bestätigung davon, daß Mietzinsansprüche pro rata temporis entstehen. Nur daraus erklärt sich auch die anomale Bestimmung des BGB. § 537, daß bei Mangel einer zugesicherten Eigenschaft oder beim Vorliegen eines sonstigen Fehlers der vermieteten Sache sich der Mietzins automatisch heruntersetzt, ohne daß es einer dem Kaufpreis entsprechenden Minderung bedürfe. Und nur daraus erklärt sich meines Erachtens die Bestimmung, dass das Vermieterpfandrecht nur geltend gemacht werden kann, für das laufende und für das folgende Vierteljahr. BGB. § 509 Abs. 2.

Man werfe auch nicht ein, daß die Anerkennung des Ersatzanspruches wegen Nichterfüllung des Vertrages ein Beweis dafür sei, daß die Mietzinsansprüche doch schon entstanden seien. Der Ersatzanspruch ist voll erklärt, wenn man als verletzt den ganzen Mietsvertrag ansieht, durch dessen Kündigung der Vermieter geschädigt ist. Der Schadensersatzanspruch tritt an die Stelle des Anspruchs auf Erfüllung und ist daher kraft Surrogation Konkursforderung[1]). Würde die Schadensersatzforderung die Forderung auf die künftigen Zinsen sein, so müßte man sie schon als eine aus praktischen Gründen erfolgte Modifikation ansehen. Prinzipiell müßten dann die einzelnen Mietzinsansprüche als bedingte geltend gemacht werden und könnten nur zur Sicherstellnng gemäß KO. § 67 zugelassen werden.

---

[1]) J. W. 91 S 392 Nr. 23: Der Schaden, dessen Ersatz der Beklagte beansprucht, ist bereits dadurch entstanden, daß er durch die vorzeitige Kündigung genötigt wurde, das Pachtgut anderweitig zu verpachten zu geringerem Pachtzins.

Das Reichsgericht[1]) zog im Zusammenhang mit der Konkurseröffnung noch eine weitere Folgerung aus der Tatsache, daß die Mietzinsen erst pro rata temporis entstehen. Der Gemeinschuldner hatte vermietet und über die künftigen Mietzinsraten verfügt; der Konkursverwalter setzt den Vertrag fort, die neuen Mietzinsraten kommen für die Konkursmasse zur Entstehung, die Verfügung des Gemeinschuldners kann also keine Wirkung mehr äußern. Politisch rechtfertigte das Reichsgericht die Entscheidung damit, daß ja auch der Anspruch des Mieters auf Gebrauchsüberlassung Masseforderung sei.

Die Entscheidung läßt sich m. E. nur mit der Berufung auf die successive Entstehung der Mietzinsansprüche begründen. Beständen die Ansprüche schon, so müßte anders entschieden werden, denn mit der Konkurseröffnung wird der Vertrag nicht aufgelöst, sondern er läuft prinzipiell weiter. Die richtige Konsequenz zieht daraus das Reichsgericht[2]) in einem anderen Falle: Der Konkursverwalter hatte Erfüllung eines anderen zweiseitigen Vertrages verlangt, die Gewährung der vertragsmäßigen Gegenleistung, obwohl dieser Anspruch schon vor der Konkurseröffnung entstanden war, konnte er nur unter der Anerkennung der vorher erlittenen Änderungen zur Masse verlangen.

Seit der Novelle haben wir in § 21 den Satz, daß Vorausverfügungen nur soweit wirksam sind, als sie sich auf den Miet- oder Pachtzins für das zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens laufende oder folgende Kalendervierteljahr beziehen. Erweckt auch das nur den Anschein, als handle es sich hier um eine Ausnahme von der Regel der Wirksamkeit[3]), so ist doch

[1]) RG. 6, 112; 33, 49.

[2]) RG. 11 S. 49.

[3]) So in Konsequenz seiner Ansicht: Hellmann 283 ff., der deshalb z. B. Vorausverfügung bei Mobiliarmiete voll wirksam hält; ebenso auch Jäger KO. S. 237.

anzunehmen, daß es sich, wie in den analogen Fällen des BGB. und der ZPO. um eine Ausnahme von der Regel der Unwirksamkeit handelt, die aus praktischen Gründen, um nämlich die Verwertung auch künftiger Werte in der heutigen Kreditwirtschaft zu ermöglichen, gemacht ist.[1])

Von Bedeutung wird die Frage, wann Mietzinsansprüche entstehen in § 55 Nr. 1 KO.; hier wird bestimmt, daß eine Aufrechnung des Konkursverfahrens unzulässig ist, wenn jemand vor oder nach der Konkurseröffnung eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat und nach der Eröffnung etwa zur Masse schuldig geworden ist. Es ist zu folgern, daß der Pächter oder Mieter nicht gegen die für die Masse entstandenen Mietzinsansprüche mit Gegenforderungen aufrechnen kann. Diese Folgerung wird denn auch vom Reichsgericht gezogen, dem sich Sydow-Busch S. 206 anschließen. Und sie entspricht m. E. allein der Billigkeit, da jedenfalls im Leben die Leistung des Vermieters als Gegenleistung gegen die Mietzinsen angesehen wird und es in diesem Zusammenhange nicht einzusehen ist, warum die Mietzinsansprüche anders stehen sollen wie andere nach Konkurseröffnung erworbene Forderungen.

Bestimmungen wesentlicher Bedeutung finden wir weiterhin in den §§ 62 ff. KO. Die bis zur Eröffnung des Verfahrens aufgelaufenen Zinsen werden mit der Kapitalsforderung an derselben Stelle angesetzt. Die

---

[1]) RG. 40, 124, a. A. Hellmann 189: Die besondere Vorschrift des § 21 Abs. 2 S. 2. über die Aufrechnung gegen die Mietzinsschulden bei Grundstücksmiete stellt eine positive Einschränkung der Aufrechnungsbefugnis dar, nicht etwa eine Ausnahmebeschränkung von dem Aufrechnungsverbot des § 55, Abs. 1. Gerade umgekehrt, wie hier Jäger S. 639: § 21 Abs. 2. S. 2 eine Erweiterung der konkursmäßigen Aufrechenbarkeit.

seit der Konkurs-Eröffnung laufenden Zinsen können im Konkurse überhaupt nicht geltend gemacht werden. Man könnte sagen, diese ausdrückliche Regelung wäre ja gerade ein Beweis dafür, daß auch die Zinsansprüche für die Zeit nach der Konkurseröffnung eigentlich, ohne die ausdrückliche Bestimmung, Konkursforderung wären. Es liegt m. E. näher, in dieser Bestimmung nur eine Anerkennung dessen zu sehen, was auch sonst Rechtens wäre, denn es ist doch davon auszugehen, daß alle Bestimmungen des Gesetzes lieber als Ausdruck einer Regel, denn als Ausnahmen zu begreifen sind. Außerdem gehen auch die Motive[1]) bei Erörterung dieses Falles davon aus, daß es sich bei den Zinsansprüchen nicht sowohl um bedingte Forderungen, also immerhin um Konkursforderungen handle, als vielmehr um zukünftige Forderungen. Eben darin sieht den Grund auch Kohler[2]). Die andere Anschauung müßte hier konsequenter Weise die §§ 67 ff. zur Anwendung bringen.

Bei noch nicht fälligen Forderungen, die verzinslich sind, werden nun zwar Zwischenzinsen, wie bei den unverzinslichen Forderungen nicht abgezogen. Die Differenz macht sich aber sogleich erheblich bemerkbar, wenn man annimmt, daß die Forderung zu 6 oder 7 % ausgestanden hat. Man könnte nun geneigt sein, in der Nichtabziehung von Zwischenzinsen eine Anerkennung der Zinsen zu sehen. Das würde aber nicht angehen. In der Nichtabziehung der Zwischenzinsen liegt nur die Anerkennung der wirtschaftlichen Tatsache, daß eine verzinsliche Forderung heute mehr wert ist, wie dieselbe Forderung unverzinst, daß die verzinsliche Forderung auch vor der Fälligkeit einer

---

[1]) Hahn. Materialien zur KO. S. 252; RG. 52, S. 52.

[2]) Kohler, Lehrbuch der KO. S. 325; ebenso Jäger, KO. I, 2, S. 695 zu § 63.

fälligen Forderung gleicht, deren Nichteinziehung durch Zahlung des Zinses bewirkt wird.

Eine weitere Frage, die unmittelbar mit der nach der Entstehung der Zinsansprüche im Zusammenhang steht, ist die, ob, wenn eine verzinsliche Forderung ohne Abzug von Zwischenzinsen im Konkurse des Schuldners voll befriedigt worden ist, der Gläubiger wegen ihm entgangener höherer Zinsen eine Forderung gegen den Schuldner nach Beendigung des Konkurses geltend machen kann. Wenn man das bejaht, wie dies das Reichsgericht[1]) einmal tut, so ist damit nichts über die Entstehung der Ansprüche gesagt, denn die Ersatzforderung beruht nur auf der Verletzung des gesamten Vertrages, der auch durch die Zahlung der Kapitalforderung nicht erloschen ist; und es ist nicht einzusehen, warum nicht eine Verletzung auch darin gesehen werden kann und muß, daß Ansprüche, auf deren Hervorbringung der Vertrag gerichtet war, nicht zur Entstehung kommen konnten.

2. Zur Annahme der successiven Entstehung muß man m. E. auch durch das Institut des Nießbrauchs an Forderungen gebracht werden[2]). Die Auffassung des Nießbrauchs an einer verzinslichen Forderung als Nießbrauch an einer Reihe von bedingten Ansprüchen würde logischerweise dazu führen, daß der Nießbraucher Eigentümer nur an den Erträgnissen der Zinsen würde, oder vielmehr nicht einmal an diesen, da dies ja wieder eine Summe von bedingten oder befristeten Forderungen wäre, damit das Prinzip salva rei substantia

---

[1]) RG. 15, S. 120. J.W. 88, S. 196 Nr. 4 gibt sogar ein Retentionsrecht für Zinsen nach der Konkurseröffnung. Richtig Jäger KO. S. 695: andererseits läßt das Gesetz den Zinsenlauf keineswegs enden: die Zinsenansprüche entstehen weiter, Pfänder und Bürgen haften.

[2]) Vgl. auch ZPO. § 862 über die Nutznießung am Kindesvermögen.

gewahrt bliebe. Oder man müßte, was schon Stammler (S. 81 und 105 ff.) bekämpft, das Institut des Nießbrauchs an Forderungen auflösen in eine, meist zu fingierende Cession der schon bestehenden Zinsansprüche [1]). Der Nießbrauch an einer Forderung ergreift aber die Forderung selbst, wie der Nießbrauch an einem Grundstück ein Recht an dem Grundstück selbst ist, nicht nur ein Recht an den Früchten des Grundstückes; und weil er die Forderung ergreift und nicht die noch nicht vorhandenen Ansprüche, entstehen auch die Zinsansprüche auf Grund des Nießbrauchs in seiner Person [2]).

3. Einen weiteren Beleg sehe ich auch in der Vorschrift des § 101 Abs. 2 [3]); behandelt diese Stelle auch ex officio nur die obligatorische Seite und befaßt sie sich nur mit den Ausgleichspflichten, so glaube ich doch in ihr den Ausfluß der dinglichen Seite sehen zu müssen: weil die Mietzinsen Früchte des Mietvertrages sind, und weil sie als solche im Verhältnis der Gebrauchsüberlassung entstehen, ist die Ausgleichungspflicht zu schaffen. Der Einwand, daß bei unserer Konstruktion eine Ausgleichspflicht garnicht nötig sei, weil da jeder automatisch genau das ihm zustehende erhielte, wird hinfällig, wenn man bedenkt, daß Ent-

---

[1]) Dagegen auch RG. 6, S. 210.

[2]) Auch Wolff II, 1, S. 263 ist wohl kaum anderer Ansicht; wenn es da heißt, daß die Mietzinsansprüche im Augenblick der Nießbrauchentstehung auf den Nießbraucher übergehen, so ist wohl auch nur von den zur Zeit entstehenden Ansprüchen die Rede. Ebenso Enneccerus I, 1, S. 312, richtig Kohler S. 84: Die Mietzinsansprüche treten originär in der Person des Erwerbers auf. Dieselbe Frage entscheidet v. Tuhr S. 221 für die Gewinnanteilsansprüche dahin, daß sie für den neuen Gesellschafter entstehen; vgl. auch RG. 80, 316.

[3]) Vgl. die Motive III, S. 551: daß die Zinsansprüche zu den pro rata temporis anfallenden Früchten gehören ergibt sich mit genügender Deutlichkeit aus § 712 (§ 101).

stehungszeitpunkt und Fälligkeitszeitpunkt meistens auseinanderfallen und daß für die Berechtigung, eine Forderung einzuziehen und ihr Gläubiger zu sein, vermöge gesetzlicher Successionen auch derjenige in Betracht kommen kann, der im Momente der Fälligkeit Inhaber des Rechtsverhältnisses ist. Das wird bei Pränumerandozahlung oft einer sein, dem der Anspruch nachher garnicht zusteht, weil er in der Person des Nachfolgers zur Entstehung gelangt; bei Postnumerandozahlung oft einer, in dessen Person der Anspruch nicht entstanden ist, der ihn aber unter Statuirung einer Ausgleichspflicht erworben hat[1]).

Einen Einwand gegen die successive Entstehung hat man auch daraus ableiten wollen, daß z. B. der Mietvertrag ein Vertrag sei, durch den sich der Mieter verpflichtet, den vereinbarten Mietzins zu entrichten, der Dienstvertrag ein solcher, in dem sich der Dienstherr zur Gewährung der vereinbarten Verfügung verpflichtet[2]). BGB. § 535 und 611. Ich glaube nicht, daß der Einwand durchschlagend ist; die Gegenseitigkeit des Vertrages wird auch gewährt, wenn man den Kontrahenten zur Einhaltung des Vertrages verpflichtet sein läßt, durch den Abschluß des Vertrages derartig gebunden (in eine solche Rechtslage gebracht), daß im Laufe der Zeit Ansprüche entstehen. Die §§ 535 und 611 haben außerdem weniger die selbstverständliche

---

[1]) Die Fälligkeit mit ihren Wirkungen darf nicht verwechselt werden mit dem Entstehungszeitpunkt, darin irrt, wie ich annehme, Affolter S. 168, 169, dagegen auch Stammler 142; die Fälligkeit lassen entscheiden OLG. Kiel Rspr. 6, 268 und Braunschweig Rspr. 7, 41; richtig v. Tuhr S. 182, der sich zum Beweis auf BGB. § 1108 stützt.

[2]) So für Mietzinsen Hellmann 140, für Gehaltsraten Kiefer 23; dieser betont ausdrücklich, daß mit Vertragsabschluß nicht nur ein Recht auf Gehaltsbezug überhaupt, sondern auch ein Recht auf die einzelnen vereinbarten Gehaltszahlungen entstände.

Gegenseitigkeit als die notwendige Entgeltlichkeit betonen wollen.

Hierdurch wird die von der eigentlichen Frage etwas verschiedene Frage nahegerückt, wann denn im Laufe des Jahres die Ansprüche des Gesellschafters auf Gewinnanteil entstehen. Sie ist lediglich von Wichtigkeit für das Jahr, in das die Ehescheidung fällt, und sei kurz bei dieser Gelegenheit gestreift. Die Fälligkeit wird jedenfalls erst am Ende des Geschäftsjahres eintreten, der Mann demnach der sein, der die Ansprüche einzieht; die Frau ist auf einen Ausgleichsanspruch angewiesen.

Dieselbe Frage erhebt sich übrigens auch nach der passiven Seite hin; es besteht immerhin die Möglichkeit, daß die Gesellschafter sich zu Nachschüssen verpflichten: es fragt sich, wann diese Nachschußpflichten entstehen und wieweit sie als vor der Scheidung entstanden anzunehmen sind, sodaß sie als Passiva des scheidungspflichtigen Gesamtgutes erscheinen. Man wird auch in diesem Falle nicht rein mechanisch sich an den Zeitpunkt klammern dürfen, in den der betreffende Gesellschaftsbeschluß fällt, sondern nach dem Grunde der entstandenen Verpflichtung forschen müssen. Von Interesse ist hier eine Reichsgerichtsentscheidung aus früherer Zeit[1]), die zum Bergrecht, also unter etwas anderen Voraussetzungen, ergangen ist. Die Entscheidung gipfelt in dem Satze, daß die zum Zwecke des Betriebes eines Bergwerkes ausgeschriebenen Beiträge den Charakter von Verwaltungsausgaben und demzufolge von Massekosten dann haben, wenn sie für den in die Zeit nach der Konkurseröffnung fallenden Betrieb erforderlich sind und zur Verwendung kommen[2]). Im Verfolg

[1]) RG. 17, 174.

[2]) Abermals im Konkurse erheben sich dieselben Fragen; der Fälligkeitstermin kann nicht über die Qualität als Masseschuld-Anspruch entscheiden. So ausführlich Jäger KO. 664, vgl. RG. 22, 139, wo im selben Sinne in einem Genossenschaftsfall entschieden wird.

dieses Prinzipes würde demnach, wenn z. B. am 28. September eine Beitragspflicht festgesetzt wird, deren Erfüllung erst dem kommenden Jahre zu Gute kommen soll, etwa zur Erbauung eines neuen Geschäftshauses, und die Ehe am 30. September geschieden wird, der Beitrag nicht mehr zu den Lasten des Gesamtgutes gehören; und andererseits würde wohl, wenn nach der Scheidung eine Beitragsfrist festgesetzt ist, die materiell zur Deckung schon vor der Scheidung entstandener Verluste bestimmt ist, diese trotzdem als auf dem Gesamtgut lastende Verbindlichkeit zu betrachten sein. Mit Recht erklärt das Reichsgericht es für unerheblich, ob zufällig die Ausschreibung und Einforderung vor oder nach Konkurseröffnung stattgefunden hat.

§ 8.

Mehr braucht auf die Frage, wann die fraglichen Ansprüche entstehen, nicht eingegangen zu werden; wir kehren zu der Untersuchung darüber zurück, ob überhaupt simultane oder successive Entstehung anzunehmen ist und gegen die letztere Ansicht taucht nun ein Einwand auf, der auch zugleich gegen die Ansicht gerichtet ist, daß der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben nicht schon mit dem Vertragsabschlusse entstehe. Im Gesetz ist nämlich anerkannt, daß über diese Ansprüche verfügt werden könne. Nun ist zwar nicht gesagt, wann man über sie verfügen könne, doch kennt das Gesetz z. B. Verfügungen über Mietzinsansprüche späterer Jahre. Da wir zwischen Gewinnanteilsansprüchen und Mietzinsansprüchen ein Verhältnis der Parallelität anerkannt haben, so liegt Sache also so, als ob das Gesetz ausdrücklich Verfügungen auch über Gewinnanteilansprüche künftiger Jahre anerkannt hätte. Wenn wir also successive Entstehung der Ansprüche behaupten, so befinden wir uns

im Widerspruch zu den Anhängern des Satzes: Verfügung über ein künftiges Recht ist ein Widerspruch in sich selbst; wie Eccius sagt: Verfügung über ein Nonens ist ein Nonsens.

Wir können uns nicht darauf beschränken, zu sagen, daß wir das successive Entstehen der Rechte nachgewiesen haben, daß folglich, wenn das Gesetz Verfügungen anerkenne, es eben Verfügungen über künftige Rechte incidenter als möglich voraussetze; denn leider hat sich der Kampf gerade so entwickelt, daß, wer die Verfügungsmöglichkeit über künftige Rechte annimmt, auch möglichst überall künftige Rechte sucht. Eine Argumentation aus diesem Gesichtspunkte heraus käme also mehr oder weniger auf eine petitio prinzipii hinaus.

Bergk[1]), Hellmann[2]) und Seuffert[3]) leugnen die Verfügungsmöglickeit über künftige Rechte, meist im Anschluß an die Ausführungen von Eccius, der die entgegenstehende Praxis des Reichsgerichts als Erster energisch bekämpfte. Andere suchen die Möglichkeit der Verfügung über künftige Rechte zu beweisen durch die Tatsache, daß solche anticipierten Verfügungen im Gesetze Anerkennungen gefunden haben. Auf diesem Standpunkte stehen z. B. Abrahamson[4]), v. Tuhr[5]), Süss[6]) u. A. mehr. Das Reichsgericht[7]) nimmt wie gesagt die Möglichkeit einer Verfügung über künftige Rechte an — zuerst ohne

---

[1]) S. 91.

[2]) KO. S. 383.

[3]) ZPO. II. S. 535; ebenso Gaupp-Stein 2, S. 607.

[4]) DJZ. 1903. S. 343.

[5]) S. 126 und Bank-Arch. 7, 277.

[6]) S. 30.

[7]) RG. 55, 334; 58, 72; 67, 166. J. W. 10, S. 230, Nr. 6: Abtretung der Mietzinsen auch noch nicht abgeschlossener Mietverträge.

jede Einschränkung, sodann unter der Voraussetzung der genügenden Bestimmbarkeit. Ich möchte gleichfalls eine Möglichkeit, über künftige Rechte zu verfügen, anerkennen und stütze mich dabei neben der Anerkennung im Gesetz namentlich auf die Anschauung, daß die Vorwürfe, die von dem Begriff der Verfügung als dinglich wirkenden Rechtsgeschäfte ausgehen[1]), unhaltbar sind.

1. Einen Fall der Anerkennung sehe ich zunächst in § 2346 BGB.: Der Pflichtteilsberechtigte kann bereits zu Lebzeiten des Erblassers auf den Pflichtteil verzichten, obwohl das Pflichtteilsrecht erst mit dem Erbfall zur Entstehung kommt. BGB 2317[2]). Dagegen darf man im § 312 Abs. 2 BGB. keine zulässige Verfügung über künftige Rechte sehen, denn wie allgemein angenommen wird[3]), betrifft dieser Paragraph nur die Zulässigkeit und Gültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte.

2. Auch im HGB. § 891 Abs. 1 ist die Anerkennung der Verfügungsmöglichkeit über künftige Rechte zu sehen[4]).

3. Nach § 832 ZPO. erstreckt sich das Zwangsrecht, das durch die Pfändung einer Gehaltsforderung oder einer ähnlichen in fortlaufenden Bezügen bestehenden Forderung erworben wird, auch auf die nach der Pfändung fällig werdenden Beträge und § 833 ZPO. erstreckt

---

[1]) Die Verfügungsmöglichkeit nehmen auch an: Enneccerus I, 2, S. 220; Oertmann, S. 271 und die dort citierten. Dagegen namentlich Eccius, DJZ. 1904, S. 54 und und Gruchot 46, 465; 53, 1 ff.

[2]) Kipp. Erbrecht S. 345.

[3]) Staudinger, 2, 1, S. 239; Planck, 2; S. 125; Süss, S. 30; J. W. 07, S. 244, Nr. 7. Mit beachtlichen Gründen erklärt sich allerdings Strohall II, S. 95, gegen die herrschende Lehre, ebenso auch Kretzschmar, Erbrecht 480.

[4]) Die Fälle, die Süss sonst noch anführt, scheinen mir ungeeignet, da sie eine petitio principii enthalten.

diese Bestimmungen auch auf den Fall, daß der Schuldner in ein neues Amt versetzt wird, oder eine Gehaltserhöhung erhält.

Daß die einzelnen Gehaltsforderungen künftige Rechte sind, ist m. E. nicht zu bezweifeln. Jäger[1]) zieht die richtige Konsequenz daraus, wenn er leugnet, daß derartige Forderungen zur Konkursmasse im Sinne des § 1 KO. gehörten.[2])

Daß es sich hier um Verfügungen über künftige Rechte handelt, ist auch damit nicht zu widerlegen, daß man als Objekt der Pfändung nicht die einzelnen Gehaltsraten, sondern das Bezugsrecht auffaßt. Daß als Bezugsrecht kein außerhalb und neben dem ganzen Vertragsverhältnis stehendes Recht anerkannt werden kann, wird weiter unten ausgeführt. Das Rechtsverhältnis, dessen Früchte die einzelnen Gehaltsforderungen sind, ist im ganzen aber gar nicht Objekt der Zwangsvollstreckung, da es nicht zum Vermögen, in das allein vollstreckt wird, gehört.

4. Einen weiteren Fall aus dem Kontokorrentverkehr erwähnt v. Tuhr Bank-Arch. VII, 277.

Ist die Verfügung über künftige Rechte zur An-

---

[1]) KOS. 27; ebenso Fitting, KO. S. 158; a. A. Gaupp-Stein II, S. 607; Hellmann S. 140.

[2]) Jäger, Anm. 53, sagt sehr richtig: Die Zugehörigkeit von Vermögensrechten zur Konkursmasse setzt eben zweierlei voraus: Pfändbarkeit und Erworbensein bei Konkurseröffnung. Analog für unsere Frage; Zugehörigkeit zum auseinandersetzungspflichtigen Gesamtgut setzt voraus: Übertragbarkeit und Erworbensein. Ebenso Sarvey-Bossert KO. S. 45/46 und Petersen-Kleinfeller S. 13. Kohler, Lehrbuch der KO., S 114, erkennt den Charakter dieser Forderungen als künftiger an, läßt sie aber trotzdem in konsequenter Durchführung seiner Beschlagstheorie in die Konkursmasse fallen. Langheineken S. 145- Hellmann S. 208, Bergk S. 191 unterscheiden danach, ob der Vertrag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geschlossen sei.

erkennung gebracht im Gesetze, so bliebe ja immer noch die Möglichkeit, zu argumentieren, diese Fälle seien Ausnahmen, die mit dem Wesen der Verfügung in Widerspruch stände, die man nur hinnehmen dürfe, aber nicht zur Regel erheben. Ich kann aber nicht sehen, welche erheblichen Einwände sich aus dem Wesen der Verfügung ergeben.[1]) Freilich, wenn ich eine Forderung habe und mit einem Dritten einen Zessionsvertrag abschließe, so geht die Forderung unmittelbar auf den Kontrahenten über und es ereignet sich unmittelbar und man möchte sagen sichtbar eine Veränderung in der Zuständigkeit des Rechts. Aber diese Veränderung ist doch nichts wesentliches der Verfügung! Es scheint, als ob die Verfechter beider Ansichten von zwei verschiedenen Begriffen der Verfügung ausgehen. Die einen verstehen offensichtlich in der Verfügung einen Vorgang in der Außenwelt, ein Ereignis, die anderen eine Tätigkeit. Ich halte die letztere Ansicht für die richtigere: Verfügung kommt von verfügen, stellt also ein agere dar, eine Äußerung menschlichen Willens. Das Ereignis ist erst die Folge der Tätigkeit; die Verfügung im ersteren Sinne bezieht etwas in den Begriff hinein, was außer ihm liegt. Nicht anders wäre es, als ob man in den Begriff der Verpflichtung ohne weiteres die Bindung mit hineinnähme.

Die andere Anschauung könnte den Begriff der unwirksamen Verfügung gar nicht kennen, denn nach ihr ist die Wirksamkeit, nämlich der erzielte Effekt, Begriffsinhalt der Verfügung.

---

[1]) Den Einwand aus § 398 Abs. 2 BGB. erledigt schon das Reichsgericht 55, 335; dieser Absatz hat lediglich die Bedeutung, daß die Rechtsänderung unmittelbar an den Abtretungsvertrag, nicht erst an die Benachrichtigung des Schuldners geknüpft wird. Auf dem Worte Gläubiger ruht nicht der geringste Ton.

Hält man aber daran fest, daß prinzipiell die Verfügung nur eine bestimmte Art von Willenserklärung ist, so kann man, wie mir scheint, kein Bedenken äußern, daß eine Verfügung über ein künftiges Recht unmöglich ist. Ich gebe jetzt eine Erklärung ab, an die ich gebunden bin, wie ich an jede andere rechtsgeschäftliche Erklärung im Zweifelsfalle gebunden bin [1]), und kraft dieser Erklärung treten, wenn der betreffende Anspruch usw. demnächst entsteht, Wirkungen bei diesem ein, die sonst einer Verfügung unmittelbar folgen. Die Sache liegt doch nicht wesentlich anders wie bei der Verfügung unter einer aufschiebenden Bedingung und, wie v. Tuhr richtig als erster bemerkt hat, bei der heilbaren Verfügung eines Nichtberechtigten.

Das von Bergk S. 40/41 erstrebte Resultat: Ist ein Anspruch gepfändet und wird dann später von einem anderen Gläubiger das den Anspruch enthaltende subjektive Recht gepfändet, so wird dadurch die Anspruchspfändung nicht berührt, wird m. E. auch mit der hier vertretenen Theorie erreicht werden können, ohne daß hier auf diese Frage der Konkurrenz von Verfügungen eingegangen werden soll. Vgl. § 15.

Kiefer S. 25/35 geht davon aus, daß der ganze Gehaltsanspruch eines Angestellten schon im Momente des Vertrages entstände und in Form eines Wartrechts bestehe. Die Konsequenzen, die Kiefer aus dieser Anschauung zieht, widersprechen einander. Einmal soll in die Konkursmasse doch nur das Wartrecht

[1]) J. W. 04, S. 365 Nr. 30: Daß die Pfändung künftiger Rechte zunächst nur die Bedeutung einer Bindung des Schuldners und desjenigen, der als späterer Drittschuldner in betracht kommt, für den Fall des Eintritts der für die Entstehung des Anspruches vorausgesetzten Umstände beanspruchen kann, ist klar, spricht aber nicht gegen die Statthaftigkeit des Vollstreckungsaktes selbst.

fallen, die nach der Konkurseröffnung verfallenen Gehaltsraten sollen dem Gemeinschuldner verbleiben. Dabei ist mir unersichtlich, welchen vermögensrechtlichen Inhalt denn nun Kiefers Wartrecht eigentlich hat, wenn nicht den, daß die vollen Rechte an seine Stelle treten, also auch in die Konkursmasse fallen.

Und einen vermögensrechtlichen Inhalt soll nach Kiefer das Wartrecht haben, denn durch Abtretung, Verpfändung oder Pfändung künftiger Lohnforderungen aus bestehendem Grundverhältnis soll das gegenwärtige Vermögen des Gemeinschuldners vermindert werden.

Offenbar war ein leicht verständlicher Wunsch hier der Vater des Gedankens — und auch in der Rechtsprechung hat man diesem Gedanken Raum gegeben. Aber die überwiegende Praxis steht auf dem hier vertretenen Standpunkte, daß Verfügungen über künftige Rechte vorliegen, die Anfechtung wegen Gläubiger-Benachteiligung also nicht Platz greifen kann. Kiefer gibt selbst zu, daß Begründetheit oder Unbegründetheit der Anfechtbarkeit mit Abschluß der Verfügung unbestimmt sei, weil der Wert des Wartrechtes unbestimmt und vom guten Willen des Schuldners abhängig sei. Er will deshalb immer abwarten, ob der Schuldner tatsächlich in Zukunft durch Arbeit den Lohn verdient oder nicht. Darin liegt meines Erachtens eine Anerkennung der hier vertretenen Ansicht. Nur wird der Lohn dann nur so erworben, wie er durch die Verfügung beeinflußt ist.[1])

§ 9.

Wir sahen schon, daß man die Meinung, daß die Ehefrau im Falle der Scheidung Ansprüche auf die Hälfte aller Gewinnanteilsansprüche geltend machen könnte, auch darauf stützen könnte, daß ein Bezugs-

[1]) KG. in Rechtspr. 21, 90, und OLG. Dresden, Rechtspr. 10, 223. J. W. 05, S. 442, Nr. 27, S. A. 67, S. 439; a. A OLG. Dresden, S. A. 65, 110.

recht auf die Gewinnanteile zur Zeit der Ehescheidung existiere, daß sich mit anderen Worten aus dem Gesellschaftsrechte, an dem, wie wir schon sahen, die Frau keinen Teil hat, ein selbständiges Vermögensrecht loslösen ließe, daß den Mann sozusagen als einen Rentengläubiger der Gesellschaft gegenübertreten ließe.

Daß ein Bezugsrecht im weitesten Sinne des Wortes existiere, ist, wenn man mit uns davon ausgeht, daß die Ansprüche auf Gewinnbeteiligung Früchte sind, selbstverständlich; denn wo Früchte sind, da muß auch ein Mutterrechtsverhältnis sein, aus dem Früchte entspringen. Dies Mutterrechtsverhältnis ist aber kein aus dem Gesellschaftsrecht loslösbares Recht, kein neben ihm stehendes Bezugsrecht, sondern das Gesellschaftsverhältnis selbst. Ein Bezugsrecht ist wohl denkbar und in seiner Eigentümlichkeit auch anerkannt; der typische Fall ist das Rentenrecht; dies ist mit der herrschenden Lehre[1]) als einheitliches Recht aufzufassen, als dessen Früchte die einzelnen Rentenansprüche erscheinen. Nicht zufriedenstellend ist die Erklärung, das Rentenrecht sei eine Summe bereits existenter, aber bedingter Forderungen. Von derselben Natur ist auch der Nießbrauch[2]); auch er ist ein Bezugsrecht und gehört daher, wie das Rentenrecht, auch im Hinblick auf die künftigen Erträge zur Konkursmasse[3]), soweit er übertragbar ist.

[1]) Als einheitliches Recht charakterisieren auch die Motive III, S. 543, das Rentenrecht, a. A. Planck I, S. 371, II, S. 802. Wie hier Staudinger II, S. 1441; Oertmann S. 820, der interessante Konsequenzen für die Beweislast daraus zieht; Eccius, Leibrentenvertrag S. 21/22; RG. 68, 343; 67, 210. Das RG. betont beide Male, daß dem Rentenrecht die Nutzbarkeit im Sinne der §§ 99 und 100 BGB. innewohnt. „Das Stammrecht bringt den jedesmaligen Anspruch des Leibrentenempfängers auf die Einzelgefälle durch sein Bestehen allein hervor."

[2]) v. Wilmowski-Kurlbaum, KO. S. 36; OT. Stuttgart S. A. 15, Nr. 270.

[3]) Seuffert KPO. S. 78; Fitting KO. S. 158.

Um so ein Bezugsrecht anzuerkennen, ist auch nicht erforderlich, daß die Höhe der sich aus ihm ergebenden Ansprüche bereits fest bestimmt oder von gleicher Höhe sei; derartige unbestimmt hohe Rechte sind gemäß § 69 KO. im Konkurse geltend zu machen. So hat das OLG. Stuttgart einmal anerkannt, daß eine Rente aus § 832 BGB. nach § 69 KO. geltend gemacht werden könne, auch wenn zur fraglichen Zeit nur die Möglichkeit einer dauernden Schädigung in der Zukunft gegeben war.[1]) Aus der Unbestimmtheit der künftigen Gewinnanteilsansprüche allein kann also ein Einwand nicht abgeleitet werden. Umgekehrt kann aber auch nie aus der Bestimmtheit künftiger Ansprüche auf die Existenz eines Bezugsrechtes der bezeichneten Art geschlossen werden. Wollte man beim Gesellschaftsrecht ein selbständiges Bezugsrecht auf die Gewinnanteilsansprüche anerkennen, so müßte man dies konsequenterweise überall da tun, wo aus einem Rechtsverhältnisse Rechte in der Zukunft in regelmäßigen Abständen entspringen. Das Kammergericht[2]) hat einmal entschieden, daß das Zinsenbezugsrecht nicht von dem Recht auf Rückforderung der Darlehnssumme ganz getrennt aufgefaßt werden könne; zwar der Anspruch auf die einzelne Zinsleistung könne abgetreten werden und wohl auch gleichzeitig mehrere oder alle diese Ansprüche; nicht aber könnten sie als Einheit, d. h. als Bezugsrecht abgetreten werden[3]).

[1]) Bad. Rspr. 1909, S. 1.

[2]) In Rspr. S. 130: Die Zinspflicht hat keine selbständige Existenz.

[3]) Aber RG. 74, 81: Alle dort erwähnten Bestimmungen des Gesetzes lassen sich auch durch eine Abtretung der einzelnen Ansprüche erklären, auch BGB. § 1145 Abs. 2, S. 1; v. Tuhr 232, Note 8: Wird bei Aufhebung der Hauptschuld verabredet, daß die Zinsen weiter bezahlt werden sollen, so ist damit eine neue selbständige Verbindlichkeit, eine Rentenschuld begründet.

Die Unterscheidung der Abtretung eines Bezugsrechtes und der Abtretung mehrer einzelner Rechte zu gleicher Zeit, die für ein nicht abgetretenes Recht die Früchte darstellen, hat auch sonst ihre Bedeutung. Sie kommt zur Erscheinung auf einem anderen heute vielbesprochenem Gebiete der Rechtsprechung; der Gläubiger-Benachteiligung: Ein Schuldner, der im gesetzlichen Güterstande lebt, tritt seine Gehaltsforderung an seine Frau ab, sodaß sie zum eingebrachten Gut gehört. Es fragt sich, wie die Gläubiger trotzdem an die Gehaltsraten herankommen können. Faßt man die Möglichkeit ins Auge, daß die Gehaltsforderung als Bezugsrecht von der unübertragbaren Rechtsstellung als Vertragspartei getrennt werden könne, so sind die einzelnen Gehaltsraten Früchte, die unter die ehemännliche Nutznießung fallen, also unter bekannten Voraussetzungen und Einschränkungen der Pfändung von Seiten der Gläubiger des Mannes unterliegen. Gibt es kein Bezugsrecht außerhalb des Mietvertragsrechtes, so gehören die einzelnen Ansprüche ins eingebrachte Gut und sind dem Gläubigerzugriffe entzogen[1]). Letzteres dürfte anzunehmen sein und jedenfalls den Absichten der Eheleute am ehesten entsprechen, über deren Schutzwürdigkeit de lege ferenda wir uns hier nicht aussprechen können.[2])

Die mitgeteilte Entscheidung des Kammergerichts ist m. E. durchaus richtig und bringt klar den Unterschied zwischen Zins und Rente zum Ausdruck. Der Zins ist abhängig von einer Hauptforderung und geht lediglich aus dieser hervor, in der Zahlung jedes Zinses liegt die Anerkennung der Hauptschuld. Die

---

[1]) So RG. 69, 63.

[2]) Vgl. neuestens Kiefer, Gehaltsverfügungen zum Nachteil der Gläubiger, Leipzig, 1913 (Heft 6 der Würzburger Abhdlg. z. D. und ausl. Prozeßrechte).

Rente ist unabhängig, selbst Gegenstand der Obligation.[1]) Auch dieser Unterschied und die Berechtigung dieser Unterscheidung zeigt sich wieder im Konkursverfahren: Liefe neben jeder verzinsbaren Darlehnsschuld noch eine selbständige Schuld auf die Zinsen, ein Bezugsrecht, so müßte folgerichtig diese wie eine Rentenschuld auch selbständig nach § 70 K. O. im Konkurse geltend gemacht werden.[2])

Es ist vielmehr so, daß die Gewinnanteilsansprüche, wie die Zinsen, Früchte des unübertragbaren Gesellschaftsrechtes sind. Denselben Gedanken verficht auch Sohm,[3]) wenn er sagt, nur der Anspruch auf den fälligen Gewinnanteil sei ein Vermögensrecht, der Anspruch auf die Gewinnbeteiligung im allgemeinen sei ein Personenrecht.

Wenn auch der Gegensatz von Vermögensrecht und Personenrecht sich in der Terminologie nicht fest eingebürgert hat, so glaube ich, daß man ihn für die hier behandelte Frage nicht wird entbehren können. Auch aus rein personenrechtlichen Verhältnissen können

---

[1]) Eccius S. 21: Die einzelnen Gefälle werden unmittelbar geschuldet, sie bilden die Vertragsleistung.

[2]) Die Zugehörigkeit des Nießbrauches zum Konkurse trotz seiner Unübertragbarkeit bildet nur eine scheinbare Ausnahme. Es wird nicht neben dem unübertragbaren Nießbrauchsrechte ein übertragbares Recht auf die Nutzungen angenommen und damit aus dem Hauptrecht ein Bezugsrecht losgelöst, sondern das Nießbrauchsrecht selbst ist der Ausübung nach übertragbar und unterliegt in diesen Grenzen dem Konkurse. BGB. § 1059. Lediglich aus demselben Grunde gebühren auch dem Manne die Nutzungen am eingebrachten Nießbrauche. Vgl. auch Planck III, S. 431 und Güthe, Grundbuchordnung I, S. 586.

[3]) Arch. 28, S. 173; ganz ähnlich einmal Gierke Theorie S. 530: Soweit es sich freilich nur um die abstrakte Berechtigung oder Verpflichtung auf Vermögensbeteiligung handelt, liegt das Verhältnis noch ganz innerhalb der personenrechtlichen Sphäre.

vermögensrechtliche Ansprüche entstehen, weil aber das personenrechtliche Verhältnis nicht ins Vermögen fällt, so bleiben auch die aus ihm hervorgehenden Ansprüche unberücksichtigt. Das Gewinnanteilsrecht im Ganzen ist nicht selbständiger Gegenstand im Sohmschen Sinne, nicht loslösbar von dem Mitgliedschaftsrecht, so wenig wie der Anteil Gegenstand ist; nur das ganze Mitgliedschaftsrecht kann Gegenstand sein. Daran, daß das Gewinnanteilsrecht als Bezugsrecht nicht aus dem Gesellschaftsrecht getrennt werden kann, ist m. E. auch nicht im Hinblick darauf zu zweifeln, daß die OH. in mancher Beziehung einer juristischen Person gleich verhandelt ist. Sie ist keine juristische Person: Die Gesellschafter stehen ihr mit ihren Ansprüchen nie so gegenüber, wie die Aktionäre der Aktiengesellschaft. Sie treten ihr immer als Gesellschafter gegenüber; charakteristisch dafür ist, daß in Literatur und Praxis den Gesellschaftern die Berufung auf § 128 HGB. versagt wird.[1]) Nur in Ansehung der einzelnen aus der Stammobligation sich ergebenden Nebenobligationen ist der Gesellschafter einem Dritten gleichgestellt, sodaß er diese Rechte Dritten abtreten kann. Diese Freiheit ist m. E. nicht auszudehnen auf ganze Seiten der Stammobligation.

§ 10.

Ich komme also zu dem Ergebnis, daß die Ansprüche auf Gewinnanteil nach der Scheidung nicht zum auseinandersetzungspflichtigen Gesamtgut gehören, weil sie weder entstanden sind, noch ein Bezugsrecht anzunehmen ist. Daß dies nicht der Billigkeit entspricht, kann nicht zugegeben werden, wenn einmal eingesehen ist, daß der Gesellschafter einen gegenwärtigen Anteil

[1]) z. B. ROHG. 13, 144; von Hahn, I, 468. Ebenso RG. 77, 105: es würde der Natur des Vertragsverhältnisses widersprechen. Und Gierke, Theorie 532, Anm. 3.

am Gesellschaftsvermögen hat, der aber, wie die Gesetzgebung nun einmal liegt, ohne jegliche Ausgleichungspflicht nicht in das Gesamtgut fallen kann — ein Fall, der dem des Fideikommisses ähnlich ist.[1]) Ich möchte das noch ein wenig verdeutlichen: 1. Das Recht auf Entnahmen, das, wie wir sahen, überhaupt nicht abgetreten werden kann, weil es nicht unter die Rubrik „Ansprüche auf Gewinnanteil" passen will, bedeutet praktisch doch lediglich — klarer wie im alten HGB. — die Verringerung des eigenen Vermögens. Es ins Gesamtgut fallen zu lassen, hieße nichts anderes, als den Mann verpflichten, Schulden zu machen und von den aufgenommenen Geldern der Frau noch etwas abzugeben.

2. Die wirklichen Gewinnanteilsansprüche sind bei der offenen Handelsgesellschaft durchaus dem jährlichen Gewinne des Einzelkaufmannes gleichzustellen,[2]) zum großen Teil ein Produkt seines eigensten Fleißes, oder, wenn er nicht mitarbeitet in der Firma, sondern ihr nur seinen Namen leiht, seines persönlichen Ansehens, beides Faktoren, die sicherlich nicht in das Vermögen fallen. Und damit komme ich zu dem Hauptpunkt. Die Gewinnanteilsansprüche stellen sich doch nur formell als Ansprüche dar. Materiell sind sie genau dasselbe, was beim Einzelkaufmann das Einkommen ist; und von diesem Einkommen wird auch niemand behaupten, daß dadurch, daß der Kaufmann vielleicht ein Geschäft beginnt, prinzipiell schon das Einkommen sämtlicher folgender Jahre erworben sei. Das erscheint ohne weiteres klar, wenn die Höhe und die Art des

---

[1]) Die Parallele zwischen Gesellschaftsvermögen und Fideikommißvermögen zieht auch Meurer S. 133.

[2]) Meurer S. 85, Gewinn und Verlust der Gesellschaft liegen bei aller Anerkennung der gesamthandlichen Sonderstellung des Gesellschaftsvermögens in Wirklichkeit bei den Gesellschaftern selbst.

im Rahmen des Geschäfts erzielten Einkommens ganz unbestimmt ist, wenn die Möglichkeiten glänzenden Aufstieges und gänzlicher Verarmung gleichmäßig gegeben sind. Das gleiche ist aber auch der Fall, wo das Einkommen für absehbare Zeit ganz gleich erscheint: Beim festangestellten Beamten. Ich verweise dazu auf die schon oben erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts (12,192), wo im ganz ähnlichen Falle, wie den unseren, der geschiedenen Frau die Hälfte des zukünftigen Gehaltes nicht zugebilligt wurde. Auch an dieser Stelle tritt wiederum der Gegensatz zur Rente hervor: In entsprechender Lage wurde der Frau ein Anspruch auf die Hälfte der Pension zugebilligt. [1])

Ich glaube nicht, daß es zur Rechtfertigung dieser Entscheidung darauf ankommt, daß man sich der Meinung anschließt, auch der Staatsbeamte beziehe sein Gehalt als Entgeld für seine Tätigkeit und nur durch die Tätigkeit werde es erworben. Die von der herrschenden Staatsrechtslehre vertretene Theorie [2]) scheint mir ebenfalls zu dem hier verfochtenen Resultat kommen zu können, obwohl sie die Abhängigkeit des Gehalts von der Tätigkeit leugnet. Das Gehalt ist, im Gegensatz zur Pensionsrente, eine Unterhaltsrente besonderer Art. Sie gleicht den Unterhaltsansprüchen der Verwandten gegeneinander, ist, wie diese, nicht losgelöst oder lostrennbar von dem personenrechtlichen Bande, das, wie

[1]) OAG. Rostock S. A. 28, Nr. 138: solche Ruhe-Gehalte werden dem entlassenen Beamten nicht blos für seinen persönlichen Unterhalt, sondern zugleich für seine Familienmitglieder, deren Alimentation ihm obliegt, gewährt. Hört nun mit der Lösung dieses Bandes diese Verbindlichkeit auf, so entspricht es gerade dem Zwecke der Pension, der unschuldig geschiedenen Frau auch an diesem Vermögensstücke die ihr gesetzlich zukommende Quote zu überweisen. OLG. Hamburg S. A. 40, S. 480.

[2]) Literaturangabe siehe b. Kieffer S. 24.

dort die Verwandschaft, so hier das Beamtenverhältnis ist; die Unterhaltsrente des Beamten ist ebenfalls vermögensrechtlicher Ausfluß einer personenrechtlichen Stellung.

Schließlich ist auch noch auf die Ungerechtigkeit hinzuweisen, die darin liegen würde, wenn man der Frau einen Anspruch auf die Hälfte der Gewinnanteile zubilligen würde. Für sie würde dann in der Tat dieses Recht die Natur eines Rentenrechtes annehmen. Der Mann ist aber nach wie vor der Gefahr einer Nachzahlung ausgesetzt, zu der er zwar nicht gezwungen, wohl aber durch die Ungunst der Verhältnisse getrieben werden kann; nach der Erhöhung durch solche Nachschüsse würde sich dann fraglos auch der Gewinnanteil richten müssen, an dem die Frau teil hätte.

§ 11.

Zu den übertragbaren Rechten eines offenen Handelsgesellschafters gehört, wie wir sahen, auch der Anspruch auf das, was ihm bei der Auseinandersetzung zukommt; prinzipiell hat dieses Recht demgemäß die Tendenz ins Gesamtgut zu fallen und nicht ins Sondergut. Die Frage ist auch hier wieder, ob der Anspruch schon mit Eingehung des Gesellschaftsverhältnisses entsteht, denn die Annahme, er entstehe mit der Scheidung, ist unsinnig, und ein dritter Entstehungstermin ist nicht ersichtlich. Es fragt sich aber zunächst einmal, was wir unter diesem Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben uns eigentlich vorzustellen haben. Speziell wird uns die Schwierigkeit des Verhältnisses von Anteil zum Auseinandersetzungsguthaben zu beschäftigen haben.

Anteil ist, so viel sahen wir schon, das Recht, das für jeden Gesellschafter sich daraus ergibt, daß er mit anderen Gesellschaftern zusammen Inhaber des Gesell-

schaftsvermögens ist, wobei Gesellschaftsvermögen kein selbständiger Gegenstand ist, sondern nur die Summe aller vorhandenen dinglichen, obligatorischen usw. Rechte und Ansprüche. Anteil ist demgemäß ein Ausdruck für ein Herrschaftsrecht, für eine irgendwie geartetete Zuständigkeitsträgerschaft. Wenn man den Begriff des dinglichen Rechtes in jener allerweitesten Bedeutung faßt, so gehört auch der Anteil darunter. Die Summe aller Anteile der Gesellschafter macht die völlige Zuständigkeit aus.

Daraus ergibt sich m. E. aber mit aller Entschiedenheit, daß es größere Gegensätze, wie Anteil und Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, überhaupt nicht geben kann[1]). Und daß jede Auffassung abzulehnen ist, die den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben zu einem Teil oder gar zu einem wesentlichen Teil des Anteils machen will[2]).

Der Anspruch auf das A. G. ist ebenso wenig im Anteil enthalten, wie der Anspruch auf Auseinandersetzung im Erbteil, wo die Frage von Binder (III, S. 81) eingehend behandelt ist. Binder kommt zu dem Resultat: „Das Recht des Gemeinschafters mag sich wie immer gegen den Sozius, wie immer gegen Dritte äußern, jedenfalls kann aus dem dinglichen Recht ein Anspruch auf Teilung nicht hervorwachsen, denn darin besteht gerade das Wesen des dinglichen Rechts, daß seine Geltendmachung Erhaltung des Rechts bedeutet, während die Geltendmachung der Obligation die Zerstörung bezweckt und mittelbar erreicht."

[1]) Strohal II, S. 97, betont, daß der Anteil des Miterben etwas anderes sei, wie der Anspruch auf das AG.; ebenso Binder III., S. 90/91 und Ohmeyer S. 43, a. A. RG. 49, 408; ebenso Protokolle zu BGB. V, S. 839.

[2]) So Makower S. 265: In Wahrheit sei jedoch bei der O. H. der Anspruch auf das A. G. dasselbe wie der Anteil oder wenigstens ein Teil von ihm, jedenfalls nichts von jenem wesentlich Verschiedenes.

In dem Anteil kommen Rechte zu Tage, die gesamthänderisch gebunden sind, die, wie weiter unten zu zeigen ist, überhaupt nur wirken können, wenn sie mit den anderen Rechten, den Anteilen der anderen Gesellschafter, zusammen sind. Der Anspruch auf das A. G. ist ein Recht, das gerade auf seiner Freiheit beruht, das unabhängig ist von den Gesellschaftern, ein Individualrecht im Gegensatz zu den sozialrechtlich gebundenen Anteil. Das Recht auf das Auseinandersetzungsguthaben richtet sich gegen die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit[1]), und wie für andere Schulden haftet auch für diesen Anspruch das Gesellschaftsvermögen, dessen Mitinhaber der Gesellschafter vermöge seines Anteiles ist.

Damit erledigt sich das Argument, das für die Entstehung des fraglichen Rechtes mit dem Vertragsabschlusse davon ausgeht, daß doch in diesem Moment theoretisch auch am ersten der Anteil entsteht, und deswegen auch der Anspruch auf das A. G., weil er im Anteil enthalten sei. Zugleich ist aber auch hinfällig die Argumentation, daß unmöglich der Anspruch auf das A. G. mit dem Vertragsabschluß entstände; denn das fragliche Recht träte an die Stelle des Anteils; solange noch ein Anteil vorhanden, könne es noch keinen Anspruch auf das A. G. geben. Im Gegenteil: Nur solange noch ein Anteil da ist, kann es noch einen Anspruch auf das A. G. geben; denn solange die Gesellschaft besteht[2]), gibt es Anteile, und gegen

[1]) A. A. Affolter, Arch. 35, S. 226.

[2]) Die Gesellschaft besteht, nur mit verändertem Zwecke, auch noch fort, wenn sie in das Stadium der Liquidation eingetreten ist; man darf sich nicht an den Wortlaut klammern und die Auflösung wörtlich nehmen, sodaß man mit Gierke von sozialer Succession sprechen müßte. Die Änderung des Zweckes kann nie allein als Grund für eine Auflösung und Neubildung angeführt werden; denn der Zweck ist nichts immanentes, sondern lediglich eine Beziehung. Vgl. Wolff,

die Gesellschaft richtet sich der Anspruch auf das A. G. Existiert aber die Gesellschaft ohne Vermögen, so gibt es zwar keine Anteile, aber auch keinen Anspruch auf das A. G. Es kann dann höchstens noch Rechte gegen einzelne Gesellschafter geben, diese fallen jedoch nicht unter den Begriff des Anspruchs auf das A. G., denn dieser richtet sich gegen die Gesellschaft als solche.

Ganz anders ist offenbar die Auffassung von Ohmeyer (S. 20): Er vergleicht den Anspruch auf das A. G. mit dem Sacheigentum, das die Folge der Erfüllung eines Anspruches auf Eigentumsübertragung ist und sagt: „Man kann, um beide Fälle zu kennzeichnen, von künftigen Rechten sprechen, die gegenwärtigen Rechten substituiren." Meiner Ansicht nach tritt nicht der Anspruch, sondern die durch ihn erlangten Rechte treten an die Stelle des Anteils. Die Ohmeyer'sche Formulierung trifft, wenn man sich unserer Auffassung hinsichtlich des Entstehungszeitpunktes anschließt, nur dann zu, wenn es sich um das Ausscheiden eines Gesellschafters handelt. Das ist aber doch schließlich ein singulärer Fall. Vom Ohmeyerschen Standpunkte aus, wäre naturgemäß der Anspruch auf das A. G. ohne weitere Voraussetzung im Moment der Scheidung noch nicht existent (Ohmeyer S. 43). Ihn werden daher auch alle die bekämpfen, die seine Entstehung mit Vertragsabschluß vertreten.

Übrigens erscheint der gleiche Gedanke auch einmal — im schroffen Gegensatz zu anderen Entscheidungen — beim Reichsgericht (67, 332). Es heißt da: „Dieser Anspruch (auf das A. G) ist aber nicht ein von dem Gesellschaftsanteile verschiedenes Recht, es

---

Sachenrecht S. 379; ebenso RG. 16, 2; 54, 281: der unübertragbare Nießbrauch erlischt nicht durch Konkurseröffnung. Wir schliessen uns also der sogenannten Identitätstheorie an, ebenso für die G. m. b. H. OLG. Braunschweig, Rspr. 26, 99.

ist vielmehr der Gesellschaftsanteil mit dem ihm durch den Beschluß der Gesellschafter[1]) gegebenen Inhalt. Der Gesellschafter erhält durch die Übereignung der Aktien[2]) seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen.“ Der letztere Satz erscheint mir wieder richtig, wenn man statt Anteil „Wert des Anteils“ setzt. Wie aber verträgt sich Satz 1 mit Satz 2? Einmal wird der Anspruch dem Anteil gleichgesetzt und das andere Mal das, was mit ihm erlangt wird.

Wenn Ohmeyer weiterhin meint, daß Inhalt und Umfang des künftigen Rechtes nach Maßgabe des Anteils und mit Rücksicht auf diesen besteht, so ist das zweifellos richtig, hindert aber keineswegs, daß beide Rechte nebeneinander bestehen. Denn sie fallen in zwei verschiedene Sphären; vereinigt doch der Gesellschafter in seiner Person zwei Arten von Rechten und Pflichten — und können diese beiden Kategorien miteinander derart in Beziehung treten, daß der Gesellschafter in dieser Eigenschaft zusammen mit den übrigen Gesellschaftern zu etwas verpflichtet ist, was er allein zu fordern berechtigt ist. So kommt es, daß dasselbe Rechtsobjekt zweimal auftaucht, in der gesamthänderischen und in der sonderrechtlichen Sphäre. Dieselbe Erscheinung haben wir überall da, wo eine Person zwei Rechtsphären in sich vereinigt, am typischsten beim Fideikommisbesitzer. Dieser ist einmal als Vertreter der Familie direkt am Grundstück berechtigt und somit auch an den Früchten, auf die Früchte hat er aber außerdem ein Sonderrecht; diese Trennung wird ersichtlich wieder im Falle der Gütergemeinschaft: Das Sonderrecht steht dem Ehepaare zu.

---

[1]) Durch den, wie das Reichsgericht vorher ausführt, der Anspruch auf das A. G. entsteht.

[2]) Das Gesellschaftsvermögen bestand in Aktien, die nun verteilt werden sollten.

Für die Koexistenz der beiden Rechte spricht auch noch folgende Tatsache: Auch nach der Abtretung des Herausgabeanspruchs auf das AG., gleichgültig, ob vor oder nach seiner Existenzwerdung, kann der Gesellschafter als Inhaber des Anteils und Mitglied der OH. über das Schicksal des Anspruchs auf das AG. bestimmen. Wäre der Anspruch auf das AG. an die Stelle des Anteils getreten, so wäre das wohl kaum möglich. Allseitig anerkannt wird, daß deshalb die Stellung des Zessionars außerordentlich prekär ist. [1])

Der Ohmeyerschen Auffassung verwandt erscheint bis zu einem gewissem Grade ein Gedanke, den Gierke einmal ausspricht[2]): Der Gesellschafter kann im Zweifel über seinen künftigen Auseinandersetzungsanteil verfügen. So wie das hier ausgedrückt ist, ist, — bei Anerkennung der Verfügungsmöglichkeit über künftige Rechte — die Künftigkeit allerdings nicht zu bezweifeln; denn mit dem künftigen Auseinandersetzungsanteil hat die Gesellschaft überhaupt nichts mehr zu tun[3]). Auseinandersetzungsanteil kann hier nur die Summe der Rechte bedeuten, die auf den Gesellschafter bei der Auseinandersetzung übertragen werden. Diese Rechte sind selbstverständlich künftige.

Wir haben also einmal den Anteil, dann die an seine Stelle tretenden Rechte; den Übergang von einer Form in die andern vermittelt der sogenannte Anspruch auf das A. G.

Dieser ist ein richtiger Anspruch, das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen verlangen zu

---

[1]) v. Tuhr S. 363, Anm. 56.

[2]) DPR. I, S. 680, Anm. 81. Ähnlich auch der oben citierte 2. Satz der RGE. 67, 332.

[3]) Vgl. Hellmann, KO. S. 175: Das Recht auf abgesonderte Befriedigung an dem Anteil können die Gesellschafter im Konkurse nicht mehr geltend machen, wenn das Ergebnis der Auseinandersetzung dem Gemeinschuldner ausgehändigt ist.

dürfen[1]). Dabei verhehlen wir uns nicht, daß im praktischen Leben dieser Anspruch gänzlich zurücktritt, daß sich die Auseinandersetzung nicht als Beendigung eines Schuldverhältnisses, sondern als die Entwicklung eines gegenständlichen Verhältnisses darstellt, wie Kohler die Sache einmal ausdrückt[2]). Eine Entwicklung gegenständlicher Natur ist aber nur bei Bruchteilsgemeinschaften denkbar. Nicht ist sie vorstellbar, wo durch die Auseinandersetzung erst Rechte geteilt werden sollen, die vorher nicht in selbständige Rechte geteilt waren. Der Aufhebung bei der Gemeinschaft tritt die Auseinandersetzung der Gesellschaft gegenüber[3]).

§ 12.

Nun erhebt sich aber ein gewichtiger Einwand gegen die hier verfochtene Theorie, daß Anteil und Anspruch auf das A. G. nicht im Verhältnis vom Ganzen zum Teil stehen, sondern gänzlich neben einander hergehen: Wie sind damit die Bestimmungen der Gesetze über die Pfändung vom Anteil und Anspruch auf das A. G. und von Zinsansprüchen zu vereinigen?

Wir haben bisher die O. H. und Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gleich behandelt. Bei der Pfändung stoßen wir im Gesetz auf Gegensätze; auch in der Theorie hat man teilweise diesen Gegensätzen Rechnung tragen zu müssen geglaubt; wir werden untersuchen, wie wir uns zu dieser Frage stellen. Das Handelsgesetzbuch knüpft die Pfändung einmal an strengere Voraussetzung wie das BGB. § 725 BGB. und § 859

[1]) Ebenso Binder für das entsprechende Recht beim Miterbrecht. Dagegen, ohne etwas anderes an die Stelle zu setzen, Ohmeyer, Oesterr. Allg. G. Z. 1901, S. 179, Anm. 21,

[2]) Lehrb. d. BGB. II, S. 406.

[3]) Ebenso v. Tuhr, S. 356, Anm. 28.

ZPO. setzen lediglich Pfändung voraus, also die Erlangung eines nicht nur vorläufigen Vollstreckungstitels gegen den Gesellschafter. HGB. § 135 verlangt des weiteren, daß innerhalb der letzten 6 Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg versucht ist. Beide Gesetzbücher verleihen auf Grund der Pfändung alsdann das Recht, die Gesellschaft zu kündigen. Doch verlangt das HGB. außerdem noch Überweisung. Der Grund für die strengeren Voraussetzungen ist bei der O. H. in ihrer größeren Bedeutung sowie in ihrem meist festeren Gefüge zu sehen.

Vor allem aber erklärt das BGB. den Anteil für das Objekt der Pfändung, das HGB. den Anspruch auf das A. G., sowohl für das Objekt der Pfändung, wie das der Überweisung [1]). Die Motive geben über die Bedeutung dieser Differenz keinen befriedigenden Aufschluß. Die Meinungen In der Litteratur gehen weit auseinander. Manche meinen, auch im HGB. wäre diesmal unter Anspruch auf das A. G. in Wahrheit der Anteil zu verstehen [2]). Andere meinen umgekehrt, gerade unter dem Anteil in BGB. § 725 und ZPO. § 859 sei der Anspruch auf das A. G. zu begreifen [3]). Die

[1]) Ohne die weitergehenden Voraussetzungen kann der Schuldner ebenfalls den Anspruch auf das A. G. pfänden, er erlangt dann aber nicht das Kündigungsrecht. Staub I, S. 510; ebenso Bergk S. 160.

[2]) z. B. Hellmann, KO. S. 159. Seuffert, KPR. S. 85.

[3]) z. B. Pisco S. 254 und Ohmeyer, österr. Allg. G. Z. 1901 S. 180, Anm. 30; auch Makower 1, 1, S. 263: „Wird der Anteil eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen gepfändet und überwiesen, so ist dies auszulegen als eine Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, oder dieses Anspruchs und außerdem anderer übertragbarer Rechte". Dieser Ausweg ist m. E. schon deswegen unleugbar, weil er den Fortfall der Anzeige an die Gesellschafter nicht zu erklären vermag. Ebenso Bergk, S. 159.

Frage wird dadurch kompliziert, daß man versucht, das Kündigungsrecht des Pfandgläubigers auf eine Pfändung des Kündigungsrechtes zurückzuführen, das dem Gesellschafter für einen wichtigen Fall zusteht: Die Pfändungsmöglichkeit bilde einen unwiderleglichen Beweis für das Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrundes, das daraus sich ergebende Recht werde mitgepfändet.

Daraus ergeben sich die Versuche, da das Gesetz von der Pfändungsmöglichkeit des Kündigungsrechtes nicht ausdrücklich spricht, das Kündigungsrecht in den gepfändeten Anteil oder in den gepfändeten Anspruch auf das A. G. hineinzulegen, — sodaß es ohne weiteres mitgepfändet wird[1]).

Es erscheint mir verfehlt, das Kündigungsrecht des Pfandgläubigers lediglich auf die Pfändung des Kündigungsrechtes des Gesellschafters zurückzuführen[2]). Es ist überhaupt, namentlich bei den geringen Voraussetzungen des Pfändungsrechtes bei der Gesellschaft des BGB. gekünstelt, ein Kündigungsrecht des Gesellschafters anzunehmen. Wollte man das ernst zu Ende denken, so wäre es für jeden Gesellschafter ein relativ leichtes, sich über alle Fristen hinwegzusetzen: Stände ihm eine Pfändung bevor, zu deren Abwendung er beliebige Mittel zur Verfügung hat, so würde er kündigen, und sich dabei auf den wichtigen Grund stützen, und man hätte Mühe, ihn mit einer exceptio conditionis dolo perfectae zurückzuweisen. Was schließlich nur die Versagung eines wichtigen Grundes bedeutet[3].

---

[1]) z. B. Bergk 155, S. 36: Wird der Anteil gepfändet, so geht die Kündigungsbefugnis auf den Gläubiger über.

[2]) Staub I, 571: Die Kündigung ein selbständiges, vom Recht des Schuldners unabhängiges Recht; ebenso Lehmann S. 325.

[3]) Auch Pisco S. 254: Das Gesetz setzt voraus, daß der Anspruch, die Auflösung der Gesellschaft herbeizuführen, zu dessen Geltendmachung der betreibende Gläubiger ermächtigt

Die Annahme eines gepfändeten Kündigungsrechtes verbietet sich aber des weiteren dadurch, daß im Anspruch auf das A. G. jedenfalls ein Kündigungsrecht nicht enthalten ist, sodaß man neben einer Pfändung dieses Rechts eine, zu fingierende, Pfändung des Kündigungsrechtes setzen müßte, wovon, wie gesagt, das Gesetz kein Wort sagt. Denn das Kündigungsrecht des Gesellschafters ist im Gesellschaftsrecht enthalten, ein Ausfluß der persönlichen Stellung, die er als Abschließender des Gesellschaftsvertrages inne hat; das Kündigungsrecht steht parallel auf gleicher Stufe mit dem Anteil und dem Anspruch auf das A. G.; wie in einem Mietsverhältnisse das Kündigungsrecht des Vermieters innerhalb seines Mietsrechtes überhaupt, aber neben seinem Anspruch auf Zahlung der Mietzinsen steht. Demgemäß ist anzunehmen, daß dem Pfändungsgläubiger das Kündigungsrecht aus eigenem Rechte zusteht, lediglich ihm gegeben auf Grund der Tatsache, daß er gepfändet hat. Nur mit dieser Annahme verträgt es sich doch auch, daß das Kündigungsrecht gänzlich frei ist von sämtlichen Einschränkungen, die ihm der Gesellschaftsvertrag geben würde, wenn es dasselbe wäre, wie das Kündigungsrecht des Gesellschafters. Wir nehmen also an, daß das Kündigungsrecht selbständig an die erfolgte Pfändung des Anteils oder des Anspruchs auf das A. G. geknüpft ist, weder im Anteil, noch im Anspruch auf das A. G. enthalten ist.

---

werden kann, dem Verpflichtenden kraft des gepfändeten Rechtes zusteht. Nach unserer Voraussetzung ist aber lediglich der künftige Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben gepfändet. Auf Grund dieses Anspruches steht dem Verpflichteten aber der Anspruch auf Herbeiführung der Auflösung nicht zu; es steht ihm vielmehr dieses Gestaltungsrecht neben jenem zu.

Die Pfändung des Anspruches auf das A. G. gibt einen guten Sinn in Verbindung mit dem Kündigungsrecht. Gepfändet wird lediglich dieser Anspruch; die Pfändung umfaßt nicht ohne weiteres die Ansprüche auf Gewinnanteil; diese müssen besonders gepfändet werden. Dagegen bringt § 725 BGB. die Pfändung des Anteils in unmittelbaren Zusammenhang mit den Gewinnanteilsansprüchen. Absatz 2 sagt: Solange die Gesellschaft besteht, kann der Gläubiger die sich aus dem Gesellschaftsverhältnisse ergebenden Rechte des Gesellschafters, mit Ausnahme des Anspruches auf einen Gewinnanteil, nicht geltend machen; damit scheint gesagt zu sein, daß in der Pfändung des Anteils zugleich die Pfändung der Ansprüche auf Gewinnanteil enthalten sei — und dann ist es nur ein geringer Schritt, auch anzunehmen, daß in der Pfändung des Anteils zugleich die Pfändung des Anspruches auf das A. G. zu finden sei[1]).

Und in der Tat wird man nicht umhin können, auch den Anspruch auf das A. G. als mitgepfändet anzusehen, denn eine Pfändung des Anteils hat gar keine Bedeutung, wenn der Anspruch auf das A. G. anderweitiger Verfügung, der Pfändung des Anteils gegenüber wirksam, unterworfen ist. Es würde dem § 725 BGB. jeden verständigen Inhalt nehmen, wollte man es zugeben, daß Jemand, der heute den Anspruch auf das A. G. pfändet, Jemandem vorgeht, der gestern den Anteil gepfändet hat. Das Kündigungsrecht würde dann zu einem Befriedigungsmittel für den Tertius gaudens werden.

Aus dem Gegensatze von HGB. und BGB. ergibt

---

[1]) So heißt es Staudinger II, 2, S. 1306: Durch die Pfändung des Anteils erwirbt der Gläubiger kein dingliches Recht an dem Anteil sondern nur an dem Auseinandersetzungsanspruche und den sonstigen übertragbaren Ansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis ein Pfandrecht.

sich mit Sicherheit nur das eine[1]), daß nicht unter Berufung auf § 105 Abs. 2 HGB. das an die Anteilspfändung geknüpfte Kündigungsrecht des § 725 BGB. auch für die O. H. angewandt werden darf; sonst würde die mit den weiteren und strengeren Voraussetzungen des HGB. geknüpfte Absicht illusorisch gemacht werden. Dagegen ist nicht im HGB. die Pfändung des Anteils ausgeschlossen[2]) und nicht die Pfändung des Anspruchs auf Gewinnanteil, so wenig wie im BGB. der Anspruch auf das A. G. der Pfändung entzogen ist.

Die Pfändung der Ansprüche geschieht in der Weise aller Anspruchpfändungen: arrestatorium und inhibitorium. Die Pfändung des Anteils ist streitig. Das Reichsgericht nimmt an, daß, weil der Anteil keine Forderung sei, eine Anzeige nicht nötig sei, auch nicht möglich, da ein Drittschuldner nicht vorhanden[3]).

Die Schwierigkeiten sind m. E. nur zu lösen, wenn man unter Anteil da, wo von Pfändung die Rede ist, nicht den Anteil im technischen Sinne, wie wir ihn oben entwickelt haben, also die Beziehung des Gesellschafters zum Gesellschaftsvermögen, versteht. Der Anteil als das Recht das A. in Gemeinschaft mit B., C. usw. Zuständigkeitsträger von Rechten zu sein, ist gänzlich ungeeignet, der Pfändung zu unterliegen. Zweck der Pfändung ist immer, das gepfändete Recht dem Pfändenden zur Verwertung zu geben; das ist beim Anteil in unserem Sinne a priori ausgeschlossen.

[1]) Ebenso Makower 1, 363.

[2]) Ebenso Staub I, 485.

[3]) Ebenso Staub 1, S. 571. Anders aber RG. 49, 408, wo Miterben bezüglich des gepfändeten Erbteiles als Drittschuldner angesehen werden. Manche umgehen die Schwierigkeit, indem sie sagen, daß im Sinne des § 857 ZPO. die Mitgesellschafter (resp. die OH.) Drittschuldner seien. So v. Tuhr 358 Anm 35; Planck V, S. 252; Gaupp-Stein II zu § 859.

Die Pfändung kann nie den Anteil verwerten. Der Anteil wird auch keineswegs der Verfügung und Einwirkung des Schuldners entzogen; vielmehr bleibt ruhig der Schuldner Liquidator und hat so die Befugnis, weitgehend auf den Anteil einzuwirken. Doch wird man einwenden, er hat doch nicht die Möglichkeit, den Anteil nach der Pfändung unter Zustimmung der übrigen Gesellschafter zu veräußern. Das ist richtig, beruht aber m. E. nicht auf einer Pfändung des Anteils als solchen, sondern auf einer Pfändung des Gesellschaftsrechts im Ganzen. Nähme man an, daß die Pfändung wirklich nur den Anteil ergreife, nicht das Mitgliedschaftsrecht, so stände im Gegenteil einer Veräußerung des Mitgliedschaftsrechtes nichts im Wege, auch keiner Aufgabe, auch keinem Austritt aus der Gesellschaft; die Folge wäre der Übergang des Anteilrechtes und Anwachsen auf seiten der übrigen Gesellschafter. Das kann unmöglich Sinn der Bestimmung sein [1]).

Der Anteil allein ist unübertragbar, wo er für übertragbar erklärt wird, da ist nicht er übertragbar, sondern das Gesellschaftsrecht (Vergl. oben § 4). Es ist gänzlich unmöglich, daß in einer O. H. ein Gesellschafter trotz Übertragung des Anteils Gesellschafter bleibt; die Übertragung des Anteils würde ohne jede Wirkung bleiben, der Anteil ist von der Mitgliedschaft schlechterdings untrennbar [1]) und der Satz, ein Gesellschafter kann über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht verfügen, eine Selbstverständlichkeit, denn

---

[1]) Cf. ROHG. '12, Nr. 84: Die Gläubiger müssen für berechtigt erachtet werden, jede Disposition ihres Schuldners über seinen Geschäftsanteil durch Arrest zu inhibieren. OLG. Karlsruhe in Rechtspr. 14, 85.

[1]) Denselben Gedanken verficht Binder, III, S. 95 für das Erbrecht: Das Erbrecht und das Recht am Nachlaß sind untrennbar.

der Anteil ist ja nur das aus der Mitgliedschaft sich ergebende Zuständigkeitsrecht, ein Recht, das nur in der Person eines Gesellschafters existieren kann.

Unter Pfändung des Anteils ist Pfändung des Gesellschaftsrechts zu verstehen mit den im § 725 Abs. 2 gegebenen Beschränkungen. Man wende nicht ein, daß diese Beschränkungen gerade das Wesentliche des Gesellschaftsrechtes betreffen. Daß diese Einschränkungen gemacht sind, beweist nur, daß es wirklich das Gesellschaftsrecht ist, das der Pfändung unterliegt. Die Einschränkungen hätten gar keinen Sinn, wenn es wirklich der Anteil wäre, der der Pfändung unterläge. Denn in dem Anteil sind ja gar keine Verwaltungsrechte enthalten; sie sind alle Inhalt des Mitgliedschaftsrechtes.

Und nur so ist m. E. das Verhältnis von Anteilspfändung zu der Pfändung der Ansprüche zu erklären. Die Pfändung des Mitgliedschaftsrechts umfaßt auch die sich aus ihm ergebenden Ansprüche. Demgemäß ist die gesetzliche Regelung m. E. derart aufzufassen:

1. Im HGB.
   a) Pfändung des Anspruches auf das A. G.
      α) gemäß § 135: Kündigungsrecht[1]),
      β) ohne diese Voraussetzung: kein Kündigungsrecht.
   b) Pfändung der Gewinnansprüche.
   c) Pfändung des Gesellschaftsrechtes (Anteil)
      α) zumeist ohne Kündigungsrecht,
      β) wenn die Voraussetzung des § 135 erfüllt ist, unbedenklich auch mit Kündi-

[1]) Dabei bleiben die Bedenken, ob unter Pfändung des Anspruchs auf das AG. in § 135 HGB. nicht Pfändung des Gesellschaftsrechts zu verstehen ist, sonst muß von der Kündigung sofort Gebrauch gemacht werden, um den Anspruch auf das AG. zur Entstehung zu bringen.

gungsrecht, denn die Pfändung des Gesellschaftsrechtes umfaßt auch, wie die Gewinnansprüche, den Anspruch auf das A. G.[1])

2. Im BGB.
   a) Pfändung des Anspruchs auf das A. G. ohne Kündigungsrecht[2]). (Das bleibt eine unerfreuliche Irregularität)[3])
   b) Pfändung der Gewinnansprüche.
   c) Pfändung des Gesellschaftsrechtes a und b umfassend; sie berechtigt ohne weiteres zur Kündigung.

Anzeige ist bei der Pfändung des Anteils (Gesellschaftsrechtes) nicht erforderlich. Das bleibt aber relativ ohne Bedeutung, da die Kündigung an alle Gesellschafter zu erfolgen hat.

Daß das Mitgliedschaftsrecht der Pfändung unterworfen ist, unterliegt gewiß Bedenken[4]). Diese zerstreuen sich aber, wenn man einmal bedenkt, daß das Mitgliedschaftsrecht zuweilen Gegenstand des Rechtsverkehrs sein kann, weil der Gesellschaftsvertrag die Übertragung gestattet, und man zweitens die Regelung ins Auge faßt, die für den Fall des Konkurses und des Erbganges getroffen ist.

§ 13.

§ 16 der Konkursordnung bestimmt: Befindet sich der Gemeinschuldner mit Dritten in einem Miteigentum, in einer Gesellschaft oder in einer anderen Gemein-

---

[1]) Ebenso Gaupp-Stein zu § 859; Makower 1, 361.

[2]) A. A. Gaupp-Stein zu § 859 unter Berufung auf HGB. § 135.

[3]) v. Tuhr S. 226.

[4]) Denselben Bedenken sieht sich Binder III. S. 95 gegenüber.

schaft, so erfolgt die Teilung oder sonstige Auseinandersetzung außerhalb des Konkursverfahrens. Nach § 6, Abs. 2 übt bei der Auseinandersetzung jedoch der Konkursverwalter die Rechte des Gemeinschuldners aus.[1]) Dasselbe bestimmt in ausdrücklicher Wiederholung HGB. § 146 Abs. 2: Ist über das Vermögen eines Gesellschafters der Konkurs eröffnet, so tritt der Konkursverwalter an die Stelle des Gemeinschuldners.

Es gehören also nicht lediglich die Ansprüche auf das Auseinandersetzungsguthaben und Gewinnanteil zur Konkursmasse, sondern das Gesellschaftsrecht. Für gewöhnlich kann der Konkursverwalter nichts damit anfangen, ist aber kraft Gesellschaftsvertrages das Gesellschaftsrecht übertragbar, so dürfte ohne Zweifel anzunehmen sein, daß der Konkursverwalter es für die Masse verwerten kann[2]).

Anerkannt ist das für den ähnlich gelagerten Fall der Miterbenschaft; § 2033 BGB. läßt hier den Anteil übertragbar sein. Auch hier bedeutet Anteil jedoch nicht ein bloßes Zuständigkeitsrecht, sondern die Miterbenschaft selbst. Freilich ist das sehr bestritten; die hier vertretene Ansicht verficht vor allem Binder der aber Strohal, Planck wider sich hat.[3]) Die Beantwortung der Frage würde weit ins Erbrecht, besonders in die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten hineinführen. Binder kommt zu dem Ergebnis,[4]) „daß die Durchführung des Gedankens, daß der Erwerber eines Anteils in das Erbrecht des Veräußerers succediert, keine Schwierigkeit bereitet, daß aber freilich nicht alle Vorschriften über den Erbschaftskauf in diesem Falle anwendbar sind.“ Ich verweise für

[1]) RG. 40, 55; 42, 103.

[2]) J. W. 99, S. 539, Nr. 26.

[3]) Kretzschmar S. 483; Planck V, S. 251; Binder III, 59 ff.; Strohal II, S. 98.

[4]) III, S. 115.

die Begründung auf die Binder'schen Ausführungen, bemerken möchte ich nur noch, daß ich für den Gegenstand der Uebertragung lediglich alle Rechte halte, die dem Veräußerer mit und gegen die Miterben zustehen, auf Grund der Tatsachen, daß sie zusammen Erben sind.[1]) Die Analogie zum Gesellschaftsrecht ist vollkommen, wenn man mit Binder die Annahme einer gesetzlichen Obligation vertritt.[2]) „Der Erbe kann durch seine Verfügung eine Universalsuccession herbeiführen."[3])

Durch die Uebertragung des Anteils geht das gesamte Miterbenrecht des Veräußerers auf den Erwerber über; die Veräußerung des Erbteils setzt den Erwerber mit einem Schlage in die Rechtsstellung, die bisher der Miterbe hatte.[4]) Der Konkursverwalter kann das ganze Miterbenrecht (Anteil) veräußern.[5])

§ 14.

Sahen wir, daß im Konkurse nicht nur der Anteil, sondern auch das Mitgliedschaftsrecht als Bestandteil des Vermögens, das der Pfändung unterliegt, angesehen wird, so wird auch im Erbrecht unter Umständen das Mitgliedschaftsrecht in seinem vollen Umfange als Bestandteil des Nachlasses aufgefaßt und zwar in der Art, daß die Mitgliedschaft in der OH. steht und fällt mit der Annahme und Ausschlagung der Erbschaft.

---

[1]) III., 101 Sohm, Gegenstand S. 39, Anm. 3.

[2]) III., S. 67.

[3]) KG. in Rechtsprechung 12, 373: Das Recht aus § 2215 BGB. geht mit der Übertragung des Erbteils über.

[4]) Kipp, Erbrecht S. 214.

[5]) J. W. 99, S. 539, Nr. 26: es steht nichts im Wege, daß der Konkursverwalter dieses Anteilsrecht im Wege des Erbschaftskaufes veräußert; ebenso Strohal, 2, S. 100; Kretzschmar S. 487; Planck, V, S. 593; Gaupp-Stein § 859; Seuffert II, S. 593.

Zwar für gewöhnlich ist die Regelung eine andere. Nach der gesetzlichen Regel löst sich mit dem Tode eines Gesellschafters die OH. auf und tritt in das Stadium der Liquidation. Die Erben werden nicht Mitgesellschafter, was die wesentliche Folge hat, daß sie für Gesellschaftsschulden nicht ohne Rücksicht auf die sonstige Erbenhaftung persönlich haften. Sie werden auch nicht Liquidatoren; als sozusagen nachträgliche Vertreter des Verstorbenen zur Wahrung von dessen Interessen, wählen sie vielmehr einen, der dann in eigener Person Liquidator ist, nicht etwa nur die Erben vertritt, was wiederum wichtig für die Haftung aus Geschäften der Liquidationsgesellschaft ist. [1])

Es ist aber auch möglich, daß die Gesellschafter einseitig die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben vor dem Tode des Erblassers beschließen. Alsdann treten die Bestimmungen des § 139 HGB. in Kraft. Die Erben werden ohne weiteres Mitglieder der OH., [2]) aber sie haben, im Gegensatz zum alten HGB., das Privileg, verlangen zu können, daß sie als Kommanditisten behandelt werden.

Die Erben werden Gesellschafter, jeder für sich [3]) und mit Rechten, die in ihrer Summe im wesentlichen den Rechten des verstorbenen Gesellschafters entsprechen sollen. Dem gewöhnlichen System unseres Erbrechtes entspräche es besser, wenn die Erben zur gesamten Hand in die Stellung des Erblassers einrückten, doch will diese Konstruktion nicht recht zu dem Wesen der OH. passen; und die eintretende Teilung des Gesellschaftsrechtes ist jedenfalls kein Beweis dagegen, daß wirklich Erbfolge vorliegt.

---

[1]) Staub zu HGB. § 146.

[2]) Sie brauchen nicht erst beizutreten: Lehmann S. 323; Makower I, 1, S. 273; Vgl. auch Staub, Gruchot Bd. 42, S. 611 ff.

[3]) Staub I, S. 582.

Die Erben werden Gesellschafter, sie haben noch nicht einmal das Recht, ohne weiteres aus der Gesellschaft auszutreten. Sie können zunächst lediglich den Antrag stellen, Kommanditisten zu werden; erst wenn dieser Antrag abgelehnt ist, können sie ihren Austritt erklären. [1]) Und dieser Austritt muß zum Handelsregister angemeldet werden, um die in § 139 HGB. bewilligte Haftungsbeschränkung herbeizuführen: „Denn durch den Tod des Erblassers sind die Erben Gesellschafter geworden.“ [2]) Eine weitere Konsequenz aus dieser Tatsache, das durch den Erbfall das Gesellschaftsrecht mit all seinen Pflichten auf den Erben — der aber ja die Möglichkeit hat, seine Erbenqualität mit rückwirkender Kraft wieder zu vernichten — zieht Staub, [3]) wenn er den Erben für die während der Liquidation eingegangenen Schulden ganz unbeschränkt und unbeschränkbar haften läßt, da die Ausnahmebedingungen des § 139 nicht ausdehnend zu interpretieren seien.

Die Gesellschafter können so für den Fall des Ablebens eines Gesellschafters dessen Mitgliedschaft selbst zum Vermögensobjekt machen und den Eintritt der Erben in die Gesellschaft erzwingen. Damit fällt der Einwand dagegen, daß auch der Pfändung gegenüber das Mitgliedschaftsrecht als Vermögensobjekt aufgefaßt wird.

§ 15.

Wir haben also festgestellt, daß Anteil im technischen Sinne und Anspruch auf das AG. nicht im Verhältnisse von Teil zu Ganzen stehen, sondern selbstständig nebeneinander. Damit fallen alle Argumente,

---

[1]) Staub 1, S. 582.
[2]) Staub 1, S. 584.
[3]) Staub 1, S. 544; a. A. Lehmann S. 324.

die aus der Existenz des Anteils die Existenz des Anspruchs auf das AG. ableiten wollen. Aus der Existenz des Mitgliedschaftsrechtes im Ganzen ist gleichfalls keine Schlußfolgerung auf den Zeitpunkt des Entstehens des fraglichen Rechtes gestattet; denn nicht alle aus einem Rechtsverhältnisse sich ergebenden Ansprüche entstehen mit dem Abschluß des das Rechtsverhältnis begründenden Vertrages[1]). Es genügt hier auf den Gegenbeweis hinzuweisen, der in der oben durchgeführten Begründung der successiven Entstehung der Ansprüche auf Gewinnanteil liegt.

Wann der Anspruch auf das A. G. entsteht, ist bestritten — das Gesetz gibt keinen Anhaltspunkt irgendwelcher Art. In der Anerkennung der Verfügungsmöglichkeit ist, wie gesagt, ein Kriterium für die Existenz des Anspruches nicht zu finden. Ein solches ist auch nicht aus § 135 HGB. zu entnehmen. Es ist nicht einzusehen, weshalb es logisch unmöglich sein soll, daß die Pfändung eines noch nicht existierenden Rechts zur Kündigung berechtigt, durch die etwa das gepfändete Recht erst zur Entstehung gelangt. Voraussetzung für die Kündigung ist lediglich die Tatsache, daß der gerichtliche Akt der Pfändung erfolgt ist und dieser kann erfolgen, ohne daß die damit bezweckte Wirkung bereits eintritt.

Wir sind zur Entscheidung der Frage lediglich auf allgemeine Gesichtspunkte angewiesen, auf die Struktur des Gesellschaftsrechtes und auf die mit der einen oder anderen Entscheidung verbundenen Folgerungen.

Das R. G. und ihm folgend ohne jede weitere Begründung der Kommentar der RGR. sowie Stau-

[1]) Ohmeyer, S. 96 ff., wendet sich dagegen, daß prinzipiell alle Ansprüche aus Verträgen im Momente des Vertragsabschlusses entstehen. Vgl. auch Stammler, S. 98; RG. 55, 218.

dinger nehmen an,[1]) daß der Anspruch schon vor der Auflösung der Gesellschaft besteht, d. h. und kann nur heißen, daß er mit der Abschließung des Gesellschaftsvertrages gleichfalls entsteht. Die entscheidende Stelle in der RGE.[2]) heißt: „Die bezeichneten Ansprüche[3]) sind keineswegs zukünftige Forderungen, sondern es sind bestehende Forderungen, deren Höhe freilich noch von künftigen Ereignissen abhängig ist, und die, weil sie bereits bestehen, auch nach dem gegenwärtig geltenden Recht gepfändet und daher auch übertragen werden können. Hieraus aber wird gefolgert, daß der, dem der Auseinandersetzungsanspruch abgetreten ist, einem Pfändungspfandgläubiger vorgeht, der später denselben Anspruch hat pfänden lassen". In dieser Argumentation lassen sich zwei Gründe unterscheiden. Den einen, daß nur durch die Existenz der Rechte ihre Pfändbarkeit und Übertragbarkeit erklärt werde, hält das Reichsgericht selbst sonst nicht für durchschlagend[4]).

Der andere Grund würde, wenn er als richtig sich herausstellte, wenigstens zu einer verschiedenen Entscheidung führen und damit zu dankenswertem Material. Aber der Grund ist in Wahrheit kein Grund. Daß von zwei Verfügungen über einen Gegenstand die frühere der späteren vorgeht, soll darauf beruhen, daß das Recht schon existiert? mit anderen Worten bei Verfügungen über noch nicht existente Rechte soll die zweite Verfügung der früheren vorgehen? Ich kann

---

[1]) Komm. d. RGR. I, 535 u. Staudinger II, 2, S. 1298. Widersprechende Entscheidungen zum Genossenschaftsrechte: Reichsgericht 8, 73; 36, 22; 67, 332. Dazu Brückmann, Arch. 29, 263.

[2]) RG. 60, 130.

[3]) Die Ansprüche auf Gewinnanteil und das A. G.

[4]) Vgl. wie oben § 8 citierten Entsch. d. RG. 55, 334; 58, 72; 67, 166,

dafür auch nicht den geringsten Grund sehen; dagegen ist aus dem bürgerlichen Gesetzbuche selbst mit von Tuhr[1]) ein zwingendes Argument für das Gegenteil zu entnehmen: BGB. § 185 Abs. 2, Satz 2: In den beiden letzteren Fällen — nämlich, wenn der unberechtigt Verfügende den Gegenstand erwirbt, oder von dem Berechtigten beerbt wird, und dieser für die Nachlaßverbindlichkeit unbeschränkt haftet — wird, wenn über den Gegenstand mehrere miteinander nicht in Einklang stehende Verfügungen getroffen sind, nur die frühere Verfügung wirksam."

Der analogen Anwendung für den Fall, daß das Recht, über das verfügt ist, erst später entsteht und so der Wirkungstermin für beide Verfügungen derselbe ist, steht m. E. nichts im Wege. Sie ergibt sich auch aus dem Wesen der Verfügung über künftige Rechte. Eine Verfügung schafft auch ohne sofortige Einwirkung auf das Verfügungsobjekt eine Gestaltung in der Rechtswelt, an die, weil sie von der Rechtsordnung sanktioniert wird, alles gebunden ist. Der Verfügende selbst ist gebunden, und ohne sein weiteres Zutun tritt die Wirkung später ein; und wie er die Verfügung nicht einseitig dergestalt zu vernichten vermag, daß die Wirkung nicht eintritt, so kann er den Eintritt dieser Wirkung auch nicht zu einem qualitativen oder quantitativen Teile dadurch verhindern, daß er zu Gunsten eines anderen verfügt; denn die Vernichtung dieser Verfügung ist lediglich eine Verfügung zu Gunsten des Verfügenden. Der Satz der RGE. ist also m. E. ohne jede praktische Bedeutung in Bezug auf diese Entscheidung. Und diese Entscheidung selbst kann unmittelbar nicht zum Ziele führen; sie betrifft das Erbrecht und verneint die Möglichkeit, daß ein Erbe außer über seinen Anteil

[1]) von Tuhr, D. J. Z. IX, S. 431; Süss, S. 71, und die dort citierten.

auch über seinen Anspruch auf das A. G. verfügen könne, aus wesentlich erbrechtlichen Gründen, die hier nicht weiter verteidigt oder bestritten werden können, da sie im wesentlichen nur von der Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten ausgeht[1])

§ 16.

Der Fall aber zwingt uns, Klarheit zu gewinnen, wie Verfügungskonkurrenzen über Anteil und Anspruch auf das A. G. beim Gesellschaftsrechte wirken. Ob und welche Verschiedenheiten sich ergeben, je nachdem man die Existenz des Anspruchs auf das A. G. leugnet oder annimmt.

1. Nimmt man die Existenz des Anspruches auf das A. G. an, so ist zweifellos, daß eine spätere Pfändung des Mitgliedschaftsrechtes (Anteils im weiteren Sinne) eine geschehene Pfändung oder Verpfändung des Anspruchs auf das A. G. zu respektieren hat. Es ergäbe sich also die Möglichkeit, daß ein in die Gesellschaft an die Stelle eines Ausscheidenden Neueintretender die Pfändung des Anspruchs auf das A. G. gegen sich gelten lassen müßte.

2. Hält man die Existenz des Anspruchs auf das A. G. nicht für gegeben, so fragt es sich, ob gleichwohl einer Verfügung über diesen Anspruch eine Abtretung des Anteils vorzugehen hat. Wir haben uns schon oben gegen diese Annahme ausgesprochen und angenommen, daß die aus einem Rechtsverhältnisse entspringenden Ansprüche dem Inhaber des Rechtsverhältnisses folgen, sodaß Verfügungen des Rechtsvorgängers — bis zu den gesetzlichen Ausnahmen — dem Rechtsnachfolger gegenüber unwirksam sind[2]).

---

[1]) Vgl. Bergk, S. 163 ff., der die Reichsgerichtsentscheidung bekämpft.

[2]) Ebenso v. Tuhr S. 365 und 221.

Es folgt dies aus dem Wesen der Individualität des Anspruches; verfügt wurde über ein Recht des Vorgängers, zur Entstehung gelangt ein Recht des Nachfolgers; die Verfügung über ein Recht kann nicht Wirkung für ein anderes Recht äußern. Bei Verpfändung oder Pfändung des Anteils würde bei der Annahme der Existenz des Anspruches die frühere Verfügung über den Anspruch auf das A. G. den Vorrang haben. Von Tuhr behauptet im zweiten Falle, wenn also die Existenz des Anspruches geleugnet wird, das Gegenteil; es ist von Bergk (S. 165) dagegen eingewandt worden, daß die Pfändung das Recht dem Gesellschafter ja nicht nehme, daß also der Anspruch auf das A. G. in seiner Person entstünde und deshalb die Verfügung wirksam bleiben müsse. Mir scheint das richtig zu sein; auch die Pfändung des Anteils wirkt auf den Anspruch auf das A. G. erst ein im Momente seiner Entstehung; die frühere Verfügung wirkt daher eher.

Es ergibt sich also hier allerdings ein Unterschied in der Entscheidung, je nachdem für welchen Moment der Entstehung des Anspruches man sich entscheidet, fragen wir, welche Entscheidung rechtspolitisch den Vorzug verdient.

An und für sich neigt das Rechtsgefühl dazu, möglichst jeder Verfügung älteren Datums den Vorrang zu sichern vor einer Verfügung späteren Datums; nicht nur unser ganzes Grundbuchwesen beruht darauf. Aber davon kann keine Rede sein, daß dies Prinzip lückenlos durchgeführt ist; wir sahen schon, daß Verfügungen über Mietzinsen usw. dem neuen Eigentümer gegenüber nur sehr beschränkt wirksam sind, sodaß man fast in Versuchung gerät, den Satz für Verfügungen innerhalb eines übertragbaren Rechtsverhältnisses umzukehren; ist das auch nicht richtig, so sprechen doch in unserem Falle nicht unerhebliche Erwägungen zu

Gunsten der Entscheidungen, die auf Grund der Nichtexistenz des Anspruchs gegeben wurden. In aller Regel erstreckt sich die Verfügungsmöglichkeit eines Menschen auf Objekte, die ihm gehören; in unserem Falle würde sich die Verfügung aber auf ein Objekt erstrecken, das seinen Inhalt z. T. nicht von dem Verfügenden, sondern von dessen Rechtsnachfolger im Gesellschaftsrechte erhalten hat; denn in dem Anspruch auf das A. G. verwirklicht sich zum großen Teile das Resultat der eigenen persönlichen Betriebsamkeit des Gesellschafters, also auch des Rechtsnachfolgers. Statt dem Dritten also ein Recht an diesem Anspruche des neuen Gesellschafters zu geben, liegt es m. E. bedeutend näher, ihn an das zu verweisen, was der Gesellschafter für die Veräußerung des Anteiles erhalten hat; das liegt besonders nahe, wenn bei der Veräußerung an einen Dritten nicht dieser, sondern die Gesellschaft die Gegenleistung des dritten neuen Gesellschafters bewirkt. Bei Verpfändungen entschieden wir umgekehrt. Das entspricht durchaus dem hier gegebenen Gedankengang; durch die Verpfändung des Anteils geht dieser dem Gesellschafter nicht verloren; der Anspruch auf das A. G. geht nicht materiell auf etwas, was der Verfügende nicht besaß.

Aus diesem Grunde sprechen Erwägungen der Rechtspolitik in diesem Falle für die Nichtexistenz des Anspruches auf das A. G.

§ 17.

Kehren wir zurück zur konstruktiven Methode, und fragen wir demgemäß zunächst, welche Zeitpunkte für die Entstehung des Anspruches auf das A. G. überhaupt möglich sind. Den einen lernten wir schon mit der Reichsgerichtsentscheidung kennen. Es ist der Moment des Vertragsabschlusses. Der nächste Moment,

der im Gesellschaftsverhältnis überhaupt von Bedeutung ist, ist der der sogen. Auflösung, d. h. der Zeitpunkt, in dem die Gesellschaft in das Stadium des Konkurses oder der Liquidation eintritt[1]). Diesen Standpunkt vertritt z. B. Bergk, der jedoch noch eine kleine Modifikation eintreten läßt, je nachdem die Gesellschaft für bestimmte Zeit oder für unbestimmte Zeit abgeschlossen ist. Im ersteren Falle soll der fragliche Anspruch sofort mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages entstehen.

Der dritte fragliche Zeitpunkt ist der der vollendeten Auseinandersetzung, d. h. der Moment, in dem die Masse des Gesellschaftsvermögens zur Verteilung bereit ist. So läßt v. Tuhr[2]) den Anspruch auf das A. G. erst mit der Vollendung der Auseinandersetzung entstehen; für meine Frage kann ich mich des weiteren auf v. Tuhr nicht stützen, denn er operiert mit einem Anwartschaftsrecht, das übertragbar und infolgedessen geeignet ist, einen Bestandteil des Vermögens zu bilden[3]).

Der so entwickelten Ansicht v. Tuhrs steht ein Gedankengang nahe, den Gierke (Theorie S. 503) einmal ausführt: Für der Fall der Lösung enthielte der Wertanteil eine Anwartschaft auf einen entsprechenden Geldbetrag, die auch bei bestehender Gesellschaft als Sonderrecht der freien Verfügung unter-

[1]) Gleichzustellen ist der Anschluß oder Austritt eines Gesellschafters.

[2]) S. 365.

[3]) Dies ergibt sich aus der Ergänzung folgender Stellen: 1) S. 189: Endlich wäre als Anwartschaft zu erwähnen das Recht der Mitglieder eines Vereins auf das bei der Auflösung übrig bleibende Vermögen. 2) S. 318, 184: Anwartschaften gehören zum Vermögen. 3) S. 224: Eine Anwartschaft ist übertragbar, wenn das Recht selbst übertragbar ist. (Ebenso Planck I, S. 276).

worfen sei. „Mit Lösung des Bandes verwandelt es sich in ein gegenwärtiges Recht auf Wertrealisierung."

Eine Anwartschaft im weitesten Sinne des Wortes erkenne ich selbstverständlich auch an; die Grundlage für den Anspruch ist mit dem Vertragsabschluß gegeben, zu leugnen ist aber, daß — angenommen einmal, das Recht selbst entstünde im Moment des Vertragsabschlusses noch nicht — diese Anwartschaft ein Sonderrecht ist; die Anwartschaft ist vielmehr das Gesellschaftsrecht selbst, von dem sie sich nicht loslösen läßt, wie ich oben schon auszuführen versucht habe. Faßt man die Anwartschaft als Sonderrecht, so ist nicht mehr ersichtlich, was betagte oder bedingte Rechte von ihr noch unterscheiden soll. Bedingte und betagte Rechte existieren, bloß bedingte Rechte sind m. E. gesondert von der allgemeinen persönlichen Sphäre des Betreffenden in der vermögensrechtlichen Sphäre nicht existent, auch nicht als Anwartschaften.

Die Ansicht, daß der Anspruch auf das A. G. erst mit vollendeter Auseinandersetzung entstehe, ist nicht richtig. Sie scheitert einmal daran, daß die vollendete Auseinandersetzung kein einheitlicher Zeitpunkt ist; die Vermögensmasse wird in den seltensten Fällen auf einmal zur Verteilung gelangen; allermeist wird erst der leichter verwertbare Teil ausgeschüttet und so nach und nach der ganze Bestand aufgearbeitet. Demgemäß löste sich der einheitliche Anspruch auf das A. G. in eine Reihe von Einzelansprüchen auf, die im Gesetz nicht zum mindesten zum Ausdruck kommen, und von denen kaum etwas ausgesagt werden könnte, worin sich die gesonderte Existenz dieser Ansprüche zeigte. Des weiteren scheint gegen diese Ansicht zu sprechen, daß die Lebensdauer aller dieser Ansprüche sehr minimal wäre; bildlich gesprochen läge ihre Existenz zwischen dem Anhäufen der Portionen und deren Inempfangnahme durch den Gesellschafter. Hier scheint

Entstehungszeitpunkt und Fälligkeitstermin nicht genügend berücksichtigt und geschieden zu sein.

Es bleibt nur so die Wahl zwischen den Entstehungszeitpunkten des Vertragsabschlusses und der Auflösung. Ich trage keine Bedenken, mich der letzteren Ansicht anzuschließen, die außer von Bergk auch von Pisco[1]) und Süss[2]) vertreten wird. Den ausschlaggebenden Gesichtspunkt scheint mir Bergk[3]) angegeben zu haben; das Recht auf Auseinandersetzungsguthaben steht in enger Beziehung mit dem Recht auf Auseinandersetzung selbst. Eines wie das andere ist die Folge der Ausübung eines Gestaltungsrechtes, des Rechts auf Kündigung (oder Verwirklichung eines Tatbestandes, der dieser Ausübung gleichsteht: Tod oder Konkurs eines Gesellschafters, Gesellschaftskonkurs usw.).

Eine bedeutsame Konsequenz, die Berg aus diesem Entstehungszeitpunkt gibt, braucht uns nicht als Hemmnis entgegengehalten zu werden. Berg erklärt sich für die Unmöglichkeit der Verfügung über künftige Rechte und gelangt daher zu der Ansicht, daß vor dem Liquidationsmoment kein Gesellschafter über seinen Anspruch auf das AG. verfügen könne[4]) und begründet politisch diese Konsequenz damit, daß eine Pfändung oder Uebertragung in einem früheren Zeitpunkte dem Gesellschafter das Interresse an den Fortbestand der Ge-

---

[1]) Pisco, das Unternehmen, S. 253, ohne Begründung. Ob derselbe Termin auch für die Fälligkeit maßgebend ist, wie Pisco annimmt, möchte ich bestreiten, fällig scheint mir das Recht erst zu werden bei ganz oder teilweise vollendeter Auseinandersetzung.

[2]) S. 30/31.

[3]) S. 149/150: Bevor der Gemeinschafter nicht die Auseinandersetzung verlangen kann, hat er auch keinen Anspruch auf das A. G.

[4]) Bergk, 158 ff. a. A. Ohmeyer, S. 44.

sellschaft nehmen würde. Den Widerspruch mit HGB. § 135 löst er dadurch, daß er annimmt, in diesem § sei Anspruch auf das AG. gleichbedeutend mit Anteil.

Mir scheint der Vorwurf, daß die Anerkennung einer früheren Verfügungsmöglichkeit Gelegenheit gäbe, das Interesse an der Gesellschaft erlahmen zu lassen, nicht berechtigt. Die Verfügung über den Anspruch allein äußert doch bei bestehender Gesellschaft nicht die geringste Wirkung und das Interesse eines Gesellschafters wird nicht dadurch erhöht, daß man seiner Neigung, über den Anspruch auf das AG. zu verfügen, den Einwand theoretischer Unmöglichkeit entgegen hält.

Erst von dem Moment der Liquidationseröffnung an kann ein Mitglied von dem andern Mitwirkung zur Auseinandersetzung verlangen, es erscheint unlogisch, den Anspruch auf das Resultat dieser Auseinandersetzung schon vorher existent werden zu lassen.

Der Moment der Liquidationseröffnung ist auch sonst bedeutsam für das Gesellschaftsrecht. Das Gesetz selbst spricht sogar von Auflösung; und es liegt nahe, an diesen Ausdruck den Gedanken zu knüpfen, die Gesellschaft in Liquidation sei nur eine Rechtsnachfolgerin der aufgelösten Gesellschaft. Wir haben uns oben bereits für die Identitätstheorie entschieden. Trotzdem bleibt der Moment der Liquidationseröffnung bedeutungsvoll. Mit ihm neigt sich die Gesellschaft ihrem Ende zu; aus einer Erwerbsgesellschaft wird sie zu einer Abbaugesellschaft; ihre produktive Seite erreicht ihr Ende. Damit fällt ein wesentlicher Moment der Bindung fort, das Gesellschaftsverhältnis beginnt sich zu lockern, dafür ein Zeichen ist das Entstehen des Anspruchs auf das AG. Und mit ihm eine Verfügungsmöglichkeit mit erhöhter Wirkung: denn schloß die Verfügung vor der Liquidationseröffnung die Verfügung über die Mitgliedschaft (Anteil im weiteren Sinne) nicht aus, sodaß die Verfügung über den An-

spruch auf das AG. wirkungslos gemacht werden konnte, so ergreift die Verfügung nach der Liquidationseröffnung ein präsentes Recht, dessen durch die Verfügung modifizierter Bestand nicht durch eine Verfügung über das Mitgliedsrecht verändert werden kann. Der Unterschied, der sich so für die Zeit vor und nach der Liquidationseröffnung ergibt, ist meines Erachtens wohl berechtigt und mit dem Wesen der Liquidationseröffnung wohl im Einklang. Denn mit den Eintritt in die Liquidation gewinnt der Inhalt des Anspruches auf das AG. an Festigkeit, weil die produktive Seite der Tätigkeit aufhört und aus diesem Grunde ein Wechsel in dem Mitgliederbestande den Inhaber des Anspruches auf das AG. nicht wesentlich Werte zuführt, die mit dem Verfügenden nichts zu tun haben.

Auch bei den der Gesellschaft gleich konstruierten Gemeinschaften des BGB. treten mit der Liquidationseröffnung Veränderungen im Gemeinschaftsverhältnisse nach dieser Richtung hin ein. Im Falle der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft kann nach Auflösung der Ehe der Anteil eines Ehegatten gepfändet werden. ZPO. § 860 Abs. 2. Und derselbe Gedanke ist auch in der Erbengemeinschaft lebendig. Sie ist von Anfang an eine Auseinandersetzungsgemeinschaft; die Anteile am Nachlaß sind sofort übertragbar und verpfändbar.

Bei der OH. ist nicht gesagt, daß durch die Liquidationseröffnung die Anteile der Gesellschafter frei werden;[1]) mit Eintritt in dieses Stadium wird das Gesellschaftsvermögen nicht Objekt einer Bruchteilsgemeinschaft, sondern es bleibt gesellschaftliches Eigentum. Die Anteile werden nicht frei, weil eben noch eine Gesellschaft besteht und die Gesellschafter durch

[1]) A. A. Gierke, D. Pr. R. I, S. 681, Anm. 86. Richtig Bayr. Oberst. L. G. S. A. 60, Nr. 52.

gemeinsame Interessen zusammengehalten werden; dieselben Personen, die die Geschäfte eingeleitet haben, sollen sie auch fortentwickeln und zu Ende führen. Aber die freiere Gestaltung zeigt sich in der Existentwerdung des Rechtes auf das Guthaben.

Wie oben es für die Zins- und Gewinnanteilsansprüche dargetan wurde, entspringt aus dem Gesellschaftsverhältnis ein neues Recht, ein Sonderrecht [1]).

Es bekommt erst jetzt Leben und Bestand; erst jetzt kann einigermaßen mit Sicherheit festgestellt werden, was sein Inhalt ist. Auch können nach einmal erfolgter Auflösung dem Gesellschafter die aus dieser Tatsache sich ableitenden Rechte nicht wider seinen Willen entzogen werden, mag auch der Grund der Auflösung bald wieder fortfallen. So kann jeder Gesellschafter auf der Auseinandersetzung bestehen, mag auch die Forderung des Gläubigers, wegen derer dieser dieser die O. H. gekündigt hat, bald nach erfolgter Kündigung befriedigt werden [2]).

§ 18.

Ich leugne ja nicht, wie schon oben gesagt, daß ein ganz allgemeines „Recht“ auf das A. G. schon von Anfang an besteht. Jeder, der in ein Gesellschaftsverhältnis wie das der O. H. eintritt, weiß schließlich, daß er dermaleinst etwas wiederbekommen wird, daß von dem Geld, das er z. B. in das Geschäftshaus steckt, nicht nur bei Bestehen der Gesellschaft Nutzen ziehen, sondern auch hinterher einen Teil oder das Ganze oder auch mehr wieder in seine Privatkasse wird leiten

---

[1]) Richtig v. Tuhr S. 363: der Anspruch auf das A G. sei ein aus dem Anteil (im weiteren Sinne) infolge gewisser Tatsachen erwachsender Anspruch, ebenso Süss: Sekundärer Anspruch aus bestehendem primären Schuldverhältnis.

[2]) So m. E. richtig von Hahn I, S. 488.

können. Aber eben das sind bis zur Liquidationseröffnung nur Hoffnungen, die sich im Konkursfalle nur zu leicht als solche zeigen und für die vor der Liquidationseröffnung nur unter besonderen Umständen ein Dritter Interesse haben kann, dem nicht das Recht zusteht, die Gesellschaft zu kündigen.

Rechte sind es nicht, auch keine betagten oder bedingten. Ihre Ausübung ist dem Gesellschafter versagt und eine Ausübung liegt ihm fern und muß ihm als Gesellschafter fernliegen [1]); denn ihre Ausübung bringt notwendigerweise das Gesellschaftsverhältnis zu seinem Ende. So liegt es nahe, einen Vergleich zu ziehen zu dem Anspruch auf Rückgewähr einer Sache. Auch dieser Anspruch entsteht nicht z. B. mit Abschluß des Kaufvertrages, sondern erst infolge des Eintrittes anderer Tatsachen, z. B. infolge der Ausübung eines Rücktrittsrechtes oder der Voraussetzungen der Wandlung [2]).

Das Reichsgericht [3]) behandelt in ähnlicher Rücksicht den Gewährleistungsanspruch wegen Eviktion; dieser Anspruch entstände erst mit der Eviktion. Und es werden höchst bemerkenswerte Konsequenzen daraus gezogen. Der Gewährleistungsanspruch des Erfüllthabenden ist kein Anspruch auf rückständige Leistung, keine Massenschuld und keine Konkursforderung, wenn die Eviktion erst nach der Konkurseröffnung erfolgt ist. An anderer Stelle [4]) ist das Reichsgericht nur scheinbar anderer Ansicht. Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers sei eine die Gegenleistung des Preises bedingende Pflicht. Einreden ständen also auch dem Cessionar der Kaufpreisforderung gegenüber zu. Damit ist m. E. über den Entstehungs-

[1]) Ohmeyer S. 24.
[2]) So Kiefer S. 19.
[3]) RG. 32, 2.
[4]) RG. 18, 335.

zeitpunkt des Gewährleistungsanspruches garnichts gesagt. Die abgetretene Forderung ist bedingt dadurch, daß kein Gewährleistungsanspruch entsteht. Nur diese Abhängigkeit hat das Reichsgericht konstatiert [1]).

Den Fällen dieser Entscheidung liegt unser Fall als ganz ähnlich gelagert zur Seite; allemal entsteht ein Anspruch, weil das mit dem Vertrage Bezweckte nicht oder nicht mehr zur Erfüllung gelangen kann. Bei Bestehen der Gesellschaft hat jeder Gesellschafter Ansprüche auf Förderung gemeinsamer Zwecke. Erst mit dem Fortfall dieser Möglichkeit hat er einen Anspruch, daß die für die Erreichung des gemeinsamen Zweckes bereit gehaltenen Mittel dem einzelnen Gesellschafter wieder zur Verfügung gestellt werden. Das liegt auch nicht anders, wenn ein Gesellschafter ein unbedingtes Kündigungsrecht hat; denn präsentes Recht ist stets nur das Kündigungsrecht, nicht aber der Anspruch auf das A. G.

Auch eine weitere Entscheidung des Reichsgerichts [2]) steht in innerem Zusammenhange mit der hier zur Entscheidung stehende Frage; es ist eine Entscheidung zum Auftragsrecht; „Zur Zeit der Konkurseröffnung schuldete der Beklagte, der Gemeindeschuldner, die Ausführung des Auftrages und was er bis dahin aus der Ausführung des Auftrages schuldig geworden war; willkürlich und rechtlich unhaltbar ist es, zu sagen, daß er schon damals schuldete, was er damals noch nicht eingezogen hatte, und erst durch die weitere Ausführung des Auftrages schuldig werden konnte und nie

[1]) Nicht maßgebend kann m. E. auch sein, ob der Schadensersatzanspruch, der infolge Nichterfüllung des Vertrages durch die Konkurseröffnung entsteht, Konkursforderung ist, was anzunehmen ist; denn hier spielt der Gedanke der rechtlichen Succession eine Rolle.

[2]) RG. 53, 327; 35, 30.

schuldig wurde, wenn der Auftrag zurückgezogen wurde“ [1]).

Diese Entscheidung steht zu unserer Ansicht einmal im Verhältnis des Maius zum Minus; denn die Reichsgerichtsentscheidung ergeht, obwohl der Anspruch auf das Erzielte der Zweck des Auftragsverhältnisses ist, unsere, weil der Anspruch auf das A. G. dem Zwecke des Vertrages zuwiderläuft.

Der Punkt, der überhaupt zu einer Vergleichung berechtigt, ist der, daß bei der Gesellschaft wie beim Auftrag der vorliegenden Art, der Vertrag geschlossen wurde, um letzten Endes dem Auftraggeber resp. Gesellschafter Vermögensobjekte zu verschaffen.

Von besonderem Interesse ist die Parallele dadurch, daß sie zur Untersuchung eines Einwandes führt, der nochmals auf das Wesen des Anspruches auf das AG. zurückführt. In der Entscheidung heißt es, daß die Beklagte schuldete „was sie bis dahin aus der Ausführung des Auftrages schuldig geworden war.“ Und der Einwand, mit dem wir uns jetzt zu beschäftigen haben, geht von der naheliegenden These aus, daß zwar nicht der Anspruch auf das AG. im wörtlichen Sinne entstanden sei im fraglichen Zeitpunkt, wohl aber ein Anspruch auf das AG. in der Höhe, die er hätte, wenn im Moment der Scheidung die Gesellschaft in das Stadium der Liquidation eintrete.

§ 19.

Dieser Einwurf verblüfft durch eine gewisse Einfachheit und den dadurch erzielten Erfolg der Be-

[1]) Noch näher liegt die Analogie zu dem Anspruch der Ehefrau auf Herausgabe des eingebrachten Gutes: Es ist eine Klage aus einem künftigen Anspruche, wenn z. B. auf Rückgabe in Verbindung mit § 1418 BGB. geklagt wird. Vgl. Bergk 198/199.

friedigung eines gewiß nicht von der Hand zu weisenden Gerechtigkeitsgefühls; denn bei dieser Lösung würde die Frau auf Umwegen genau die Hälfte auch des in der OH. investierten Kapitals erhalten. Allein schon, daß dies nur auf einem Umwege solle geschehen können, macht mißtrauisch, ob dieser Umweg trotz des schönen Zieles ein gangbarer Weg sei.

Es ist zu leugnen, daß dieser Einwand richtig ist; ein derartiges Recht gibt es nicht — nicht für den Mann — folgerichtig auch nicht für die Frau. Freilich spricht das Gesetz selbst von Kapitalanteilen, die dem Gesellschafter zugestehen und diese Kapitalanteile sind, wie sich schon aus der Tatsache, daß sie negativ werden können, ergibt, nicht gleichbedeutend mit dem Anteil am Gesellschaftsvermögen. Aber die Kapitalanteile sind auch keine Rechte, sondern lediglich Rechnungsgrößen, die die Grundlage für Gewinn und Verlust des Gesellschafters bilden und die, unter ganz besonderen Umständen, auch von Einfluß auf den Anspruch auf das AG. sein können. Das wird heute allseitig im Anschluß an Staub, (5. Aufl.) anerkannt [1]). Die Kapitalanteile sind weder Forderungen, noch, wenn sie negativ sind, Schulden; schon nicht, weil sie mit sehr fingierten, oft absichtlich abgeschriebenen Werten rechnen.

Es gibt aber auch keine Rechte oder Schulden in der wirklichen Höhe des momentanen Auseinandersetzungsguthabens. Einmal würde die Anerkennung derartiger Rechte als Rechte für sich zu m. E. unlösbaren Schwierigkeiten führen, deren Lösung stets nur eine Verneinung ihrer Existenz bedeuten könnte.

1. Wie soll definitiv dieser Ansprüche Wert und Inhalt festgestellt werden?

2. Wie soll ein Anspruch sich zu dem Anspruch

---

[1]) Vergl. Staub I. S. 554; Kosak S. 673; Laband Z. 1885, S. 55.

des folgenden Augenblicks verhalten? Soll einer in dem andern aufgehen — oder sofort untergehen?

3. Wie sollten sich Verfügungen über derartige Rechte zu Verfügungen über den Anspruch auf das A. G. im engeren Sinne verhalten?

Dem Anspruche pflegt für gewöhnlich die Eigenschaft anzuhaften, daß sein Objekt bestimmt ist, stets daß es bestimmbar ist. Bei diesen Rechten ist der Inhalt stets unbestimmt im Moment der Entstehung unbestimmbar aber auch im Moment der entgültigen Auseinandersetzung; denn, mag auch der Wert im Moment der Entstehung feststellbar sein, was von diesem Werte im Moment der Auseinandersetzung noch vorhanden ist, diese Frage dürfte unbeantwortbar sein. Man müßte also einen Anspruch anerkennen, dessen Inhalt das Ergebnis vermutenden Taxierens ist.

Die Annahme, daß jeder Anspruch durch die Entstehung des Folgenden seine Existenz verlöre, würde dem Anspruch seine Brauchbarkeit nehmen; denn ein Anspruch, der begrifflich zu sofortigem Untergang verurteilt ist, ist kein Anspruch. Den einen Anspruch aber in dem Folgenden und schließlich in den Anspruch auf das A. G. aufgehen lassen, heißt eigentlich schon, seine gesonderte Existenz leugnen.

Verfügungen über einen derartigen Anspruch müßten notwendigerweise auch die folgenden ergreifen. Die Annahme läßt sich zur Not durchführen; wie soll es aber werden, wenn der Anspruch, über den verfügt ist, einen Nachfolger von geringerer Höhe findet und diesem wieder einer von größerer Höhe folgte? Mit der Theorie der selbstständigen Ansprüche ließe sich ein plötzliches Wiederwirken der Verfügung in alter Höhe kaum vereinigen. Die Ergebnisse müßten also sein, als ob gar keine einzelnen Ansprüche gegeben seien[1]).

[1]) Die Sachlage ist wesentlich anders als beim Kontokurrentverkehr. Hier ist lediglich die Mehrheit von Forde-

Die einzelnen Ansprüche sind aber nur ein Produkt des rechnenden Geistes, lediglich Rechnungsgrößen, keine Ansprüche. Anspruch ist das Recht, von einem andern ein Tun oder Unterlassen verlangen zu dürfen. Kein Gesellschafter kann nun in irgendeinem Moment Auszahlung dessen verlangen, was rechnungsgemäß bei sofortiger Auseinandersetzung auf ihn entfiele. Er kann es auch nicht bedingt oder betagt; was er verlangen kann, ist stets nur das eine Endguthaben in seiner einzigen, letzten Gestaltung. Das wird deutlich, wenn man einmal die umgekehrte Situation ins Auge faßt, die rechnerische Beteiligungsgröße eines Gesellschafters kann auch einmal negativ werden; sie stellt trotzdem keine Schuld des Gesellschafters an die Gesellschaft, keine Forderung der Gesellschaft gegen den Gesellschafter dar. Von diesem Standpunkte aus betrachtet auch einmal Gierke die Sache und kommt zu demselben Resultat [2]).

Ich fasse zusammen: Die eventuell buchmäßig zu berechnende Beteiligungsziffer, die nicht immer dem Kapitalanteil zu entsprechen braucht, ist lediglich eine Rechnungsgröße, darstellend den Wert des Anteils in jedem Momente, ohne juristische Bedeutung. So wenig der Anteil selbst diese Beteiligungsziffer ist, so wenig ist dieser auch eine neben dem Anteil stehende Forderung an die Gesellschaft.

§ 20.

Es bleibt also bei dem Anpruch auf das AG. im alten Sinne und der Liquidationseröffnung als seinem

---

rungen zur Abrechnung verbunden; es bleiben Forderungen, von denen lediglich das Recht, die Zahlung zu verlangen, einzuschränken ist. Vgl. Levy-Riesser, Kontokorrentvertrag 1884 und RG. 1, 18.

[2]) Theorie S. 501, Anm. 1; Staub 1, S. 454; Kosak, S. 673.

Entstehungszeitpunkt. Die vorher bestehende und anzuerkennende Anwartschaft hat keine selbstständige, juristische Bedeutung. Sie ist von dem unübertragbaren Mitgliedschaftsrechte untrennbar, noch nicht selbst Gegenstand geworden. Ein Vergleich sei mir gestattet:

Das Pflichtteilsrecht [1]) ist bekannter Weise, wenn auch nicht ein Ueberbleibsel alten Familieneigentums, so doch jedenfalls ein Ausfluß der Familienzugehörigkeit. [2]) Schon zu Lebzeiten des Erblassers hat der Pflichtteilsberechtigte eine im Wesentlichen unentziehbare Aussicht. Sie ist aber in seiner allgemeinen persönlichen Stellung als Familienmitglied enthalten. Ein Recht kommt erst mit dem Erbfall zur Entstehung. Mir scheint die Parallelität vollkommen. Auch der Tod des Erblassers läßt den Inhalt des Pflichtteilsrechtes erst zur genügenden Klarheit kommen. Die Auseinandersetzung wird bald völlige Klarheit schaffen. [3])

Der Liquidationsmoment und was ihm gleichsteht, ist also maßgebend. Stets. Die Unterscheidung Bergk's will ich nicht mitmachen. Auch bei Gesellschaften, die auf bestimmte Zeit eingegangen sind, entsteht der Anspruch auf das AG. erst mit dem Eintritt des angegebenen Termins. Die Auffassung Bergk's geht nach meinem Empfinden von der Auffassung aus, als sei die nur für bestimmte Zeit beabsichtigte OH. von Anfang an eine Auseinandersetzungsgemeinschaft. Die

[1]) Und ihm gleich steht durchaus das Recht der Tochter auf Aussteuer; der Anspruch hierauf entspringt auch erst mit der Heirat.

[2]) Man könnte auch, um die Parallelität noch offensichtlicher zu machen, von Mitgliedschaft in der Familie reden.

[3]) Dabei verkenne ich die zwischen beiden Fällen bestehenden Unterschiede nicht; aber auch der wichtigste von ihnen, daß der Gesellschafter zwar Mitträger des Gesellschaftsvermögens, nicht aber der Pflichteilsberechtigte Mitinhaber des Vermögens des Erblassers ist, hebt die Parallelität nicht auf.

Unproportionalität, die Bergk bei der hier vertretenden Behandlung der Fälle darin erblickt, daß die Kündigung anders behandelt werde, liegt m. E. nicht vor. Entweder die Kündigung wirkt sofort — dann liegt, weil keine Frist läuft, überhaupt keine Parallelität vor; oder die Kündigung wirkt erst nach Ablauf einer Kündigungsfrist — dann ist zwar die Fortdauer der Gesellschaft auch lediglich vom Laufe einer Frist abhängig, aber der kritische Zeitpunkt, wo das Recht auf das AG. zur Entstehung gelangt, ist erst der Moment des Fristablaufs, denn erst mit diesem tritt die Gesellschaft in das Liquidationsstadium.

Damit erübrigt es sich, bei der Beantwortung unserer Frage die Antwort darauf abzustellen, daß es darauf ankomme, ob die Gesellschaft mit zeitlicher Grenzbestimmung eingegangen ist oder nicht und damit vermeiden wir eine Unterscheidung, die jedenfalls in unserem speziellen Falle nicht als berechtigt anerkannt werden könnte.

Anders wird wohl entscheiden müssen, wer, wie Endemann, keine, weder dingliche noch obligatorische, Anteilsrechte an Gesellschaften anerkennt. Endemann sagt[1]): Nur Mitgliedschaftsrechte, d. h. durch die Mitgliedschaft begründete Rechte auf Teilnahme an der Gemeinnutzung und die hieraus sich ableitende Anwartschaft an den nach Auflösung der gesamten Hand vorhandenen gemeinschaftlichen Gütern. Konsequenterweise ist diese Anwartschaft dann das einzige vermögenswerte Recht, das der Gesellschafter hat; wollte man auch dessen Existenz vor dem Eintritt des Liquidationstermines leugnen, so wäre in der Tat mancher wohlhabende Kaufmann arm.[2]) Von diesem Standpunkte aus erscheint diese Anwartschaft dann auch als

[1]) Lehrb. des BGB I. S. 1130, Anm. 12.
[2]) Kaufmann S. 58 Anm. 12.

das alleinige Steuerobjekt, das der preußischen Ergänzungssteuer unterliegt, wie denn ein ähnlicher Gedanke auch einmal bei v. Tuhr erscheint.[1])

§ 21.

Das Ergebnis ist: Der Anspruch auf das A. G. ist ein einheitlicher Anspruch, er fällt erst in das Gesamtgut, wenn die Gesellschaft in das Liquidationsstadium getreten ist. Dies Resultat entspricht nach allen Richtungen der wohlerwogenen Billigkeit. Gerechtfertigt erscheint einmal der Zeitpunkt, von dem es abhängt, ob das Recht in das Gesamtgut fällt oder nicht; denn mit dem Eintritt in das Liquidationsstadium wird die Stellung jedes Gesellschafters eine andere, folglich auch materiell seine Stellung zum Gesellschaftsvermögen es erscheint durchaus als gerechtfertigt, daß auch die Stellung des Ehepaares, und damit der Ehefrau, eine veränderte wird.

Und daß der Anspruch auf das AG. vor der Liquidationseröffnung nicht in das Gesamtgut fällt, erscheint billig, wenn man überlegt, was der Inhalt dieses Anspruches ist; dieser entspricht keineswegs dem, was der Gesellschafter etwa in die Gesellschaft eingebracht hat, bestimmt sich vielmehr nach zahlreichen Momenten, die im langen Leben der Gesellschaft eintreten können. Nicht einmal das Lebensmaß des Gesellschafter-Ehemannes setzt solchen variierenden Einflüssen ein Ziel; es ist an die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses mit den Erben zu denken, sowie an die immerhin denkbare Uebertragung des Gesellschaftsrechtes an Dritte; so können Generationen von Gesell-

[1]) Kf. preuss. Ergänzungssteuergesetz 14. Juli 1893 § 5, IV, mit Einkommensteuergesetz in der Fassung vom 19. Juni 1906, § 1, Nr. 4/6; v. Tuhr S. 359.

schaftern den Inhalt des Anspruches auf das AG. beeinflussen. In Betracht kommen vor allen in guten Jahren zurückgestellte Reserven, in schlechten Jahren neu eingebrachtes Kapital und nicht erhobene Gewinne.[1]) Dazu kommt noch, daß der Anspruch auf das AG. stets ein „Recht" ist; er ist stets eine positive Größe und kann begrifflich nie in sein Gegenteil, eine Schuld, eine Nachschußpflicht umschlagen.[2]) Die Pflicht zu Nachschüssen, zur Befriedigung der Gläubiger ruht in einer Sphäre, an der, wie wir sahen, die Frau nie teilgenommen hat, denn sie hatte nur Teil an der Sondersphäre, nicht an der gesellschaftlichen Sphäre des Ehemannes.

Und in diesem letzten Gedanken liegt gerade der beste Rechtfertigungsgrund für unsere Ansicht: „Wer den guten Tropfen hat, soll auch den bösen Tropfen haben."

Die Ansprüche auf den Gewinnanteil in alle Zukunft wie den Anspruch auf das AG. in das teilungspflichtige Gesamtgut fallen lassen, das hieße in den meisten Fällen nichts anderes, als einseitig eine fortgesetzte Errungenschaftsgemeinschaft zu Gunsten der geschiedenen Ehefrau anerkennen.

---

[1]) Hier zeigt es sich, daß die Entscheidung bei den Ansprüchen auf Gewinnanteil die nämliche sein mußte, wie bei dem Anspruch auf das A. G.

[2]) Ebenso Pisco S. 264 und v. Hahn I, S. 366. Ob Gierke a. A. ist, wage ich nicht zu entscheiden; es heißt einmal in der Theorie S. 504: „Ist der Anteil eine negative Wertgrösse, so enthält derselbe anstelle der Anwartschaft auf einen Geldbetrag vielmehr eine event. Zahlungspflicht." Mir scheint darin vor allem eine wirtschaftliche Betrachtung zu liegen und nicht gesagt zu sein, daß die Zahlungspflicht auch dann an die Stelle der Anwartschaft tritt, wenn diese (der Anspruch auf das AG.) abgetreten ist. Vgl. auch Theorie S. 536.

§ 22.

Das Endergebnis der bisherigen Untersuchung ist also, daß, vor dem Eintritt der Gesellschaft in das Liquidationsstadium, abgesehen von den Ansprüchen auf Gewinnanteil, gar keine gesellschaftlichen Rechte in das eheliche Gesamtgut fallen.

Das erscheint höchst befremdlich, namentlich, wenn man an Fälle denkt, wie den, daß das eingeworfene Vermögen der Frau so groß oder größer ist, wie der Wert des Gesellschaftsanteils des Mannes. Im Falle der Scheidung erhielte dann der Mann die Hälfte vom Frauengut, die Frau — nur die Hälfte dessen zurück, was sie vor der Ehe besaß.[1]) Die Schuld an diesem Resultat ist man versucht der Konstruktion des Gesellschaftsverhältnisses zuzuschreiben. Verantwortlich ist m. E. vielmehr die Gestaltung der allgemeinen Gütergemeinschaft, die wesentliche Ungleichheiten gleich behandelt, ohne irgendeine Ausgleichungspflicht festzustellen.

Daß der Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht in das Gesamtgut fallen kann, ist klar; er täte es auch bei Anerkennung seiner Uebertragbarkeit nicht; denn sein zweifelloser Vermögenswert wird gehindert, zum Vermögensrecht des einzelnen Gesellschafters zu werden, durch die personenrechtliche Gebundenheit, die ihm durch die Tatsache gegeben ist, daß die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit Träger des Gesellschaftsvermögens sind. Das Recht des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen ist nicht sowohl Eigentum als

[1]) Die Bedenken zerstreuen sich aber, wenn man z. B bedenkt, daß eine vermögenslose Frau sich von einem Mann scheiden läßt, dessen Vermögen schon bei Eingehung der Ehe in der O. H. investiert war. Der Anspruch der Frau auf den halben Anteil würde zweifellos zur Auflösung der O. H. führen, und damit ein Erfolg herbeigeführt, den das Gesetz, mit Recht zu vermeiden sucht.

Miteigentum, wobei aber das „Mit“ das „Eigentum“ bei weitem überwiegt an materieller und formeller Bedeutsamkeit, sodaß man mit Recht die Frage aufgeworfen hat, ob Miteigentum überhaupt noch Eigentum sei. Versteht man unter Eigentum das prinzipiell unbeschränkte Recht, so hat Miteigentum zur gesamten Hand mit Eigentum garnichts mehr zu schaffen. Sein Wesen besteht gerade in der Bindung. Das Eigentum steht allen Gesellschaftern gemeinsam zu; für sich allein hat keiner Eigentum, sondern nur Miteigentum. Mit Recht nimmt auch Binder an, daß Miteigentum zur gesamten Hand nicht sowohl ein Eigentum an einem Teil oder Quote sei, als vielmehr Teileigentum an allem. Es liegt nicht sowohl eine quantitative Teilung vor, als eine qualitative Teilung. [1]) Dieses qualitative Teilrecht ist nun aber nur ein Ausfluß von dem Gesellschaftsverhältnisse, logisch scharf vom Mitgliedschaftsrecht zu trennen, praktisch gänzlich untrennbar von ihnen; in diesem Sinne ist das alte Wort Thöls doch berechtigt: „Die Anteile sind unpraktisch.“

So kann der Anteil nur mit dem Mitgliedschaftsrecht in das Gesamtgut fallen; und dies fällt nicht in das Gesamtgut, weil es nicht primär Vermögensrecht ist, sondern lediglich Ausflüsse vermögensrechtlichen Inhalts hat.

Bei bestehender Ehe würde dies nicht bemerkbar sein, weil der Mann doch die alleinige Verwaltung des Gesamtgutes behält. Mit der Auflösung der Ehe gebührt die Verwaltung aber beiden Ehegatten gemeinsam; die Ehefrau würde also mit in der Gesellschaft tätig sein; den Gesellschaftern ein ihnen fremder Gesellschafter aufgedrungen werden.

[1]) Binder III, S. 64: Die Rechtstellung der Miteigentümer in ihrer Gesamtheit ist identisch mit der des Alleineigentümers, aber die Rechtsstellung des Einzelnen ist davon völlig verschieden.

Aus diesen Gründen rechtfertigt sich die Entscheidung: Ohne weitere Voraussetzungen berühren einander Gesellschaftsvermögen und eheliches Gesamtgut nicht.

§ 23.

Das bisher gefundene Ergebnis war, daß das Vermögen eines offenen Handelsgesellschafters mit Ausnahme der entstandenen Ansprüche auf Gewinnanteil nicht in das eheliche Gesamtgut fällt. Die Grundlage, von der wir ausgingen, war, daß nach Eingehung der Ehe der Gesellschafter nichts mehr in die Gesellschaft eingebracht hat, sowie daß die Gewinne voll abgehoben sind.

Wie gestalten sich die Rechte des Gesamtgutes und damit der Ehefrau, wenn solche Verwendungen erfolgt sind? Bei bestehender Ehe hat der Mann volle Verfügungsbefugnis über das eheliche Gesamtgut; die Ausnahmen, die in Bezug auf das Gesamtgut im Ganzen sowie auf zum Gesamtgut gehörende Grundstücke gegeben sind, sind weniger beachtlich in diesem Zusammenhang. Wir nehmen also an, daß Verfügungen des Mannes völlig wirksam sind, daß er z. B. bares Geld des ehelichen Gesamtgutes eingebracht hat oder mit Zustimmung der Frau z. B. ein Grundstück.

Es handelt sich stets hier nur um Einbringen im technischen Sinne; also um eine Erfüllung gesellschaftlicher Verpflichtung. Tritt der Gesellschafter, was im Einzelfalle zu untersuchen ist, der Gesellschaft wie ein unbeteiligter Dritter gegenüber, so dürfte kein Zweifel bestehen. [1])

Gleichgesetzt wird der Fall, daß der Mann bei bestehender Ehe erst den Gesellschaftsvertrag schließt,

[1]) Vgl. RG. 21, 244, und für den umgekehrten Fall RG. 56, 211.

dem Falle, daß der Ehemann bei bestehender Ehe in eine schon vor der Eheschließung gegründete OH. aus Mitteln des Gesamtgutes etwas einbringt; [1]) denn auch im ersteren Falle wird die Ehefrau nicht Gesellschafterin.

Das eine wie das andere Mal kommt es also nicht sowohl auf die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Verfügung an, sondern auf ihren Umfang. Die Verfügung ist in jedem Umfange für die Frau bindend — aber auch nur in dem Umfange, indem sie eine Verfügung für den Mann darstellt. Es ist unmöglich, daß bei der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft ein Rechtsgeschäft in Bezug auf eheliches Gesamtgut der Frau gegenüber eine Verfügung bedeutet, dem Manne gegenüber nicht. Die Frage ist also die: Welchen Umfang als Verfügung hat das Einbringen in das Gesellschaftsvermögen von seiten eines Gesellschafters?

Es sind theoretisch zwei Antworten möglich. Die eine sieht in dem Einbringen eine Verfügung über das ganze Recht; von dem eingebrachten Rechte bleibt beim Verfügenden kein Teil derart, wie er ihn haben konnte, zurück. Die andere Ansicht sieht in dem Einbringen lediglich eine Verfügung zu Gunsten der anderen Gesellschafter und sieht in dem Einbringen nur eine Verfügung in der der Zahl der Mitgesellschafter entsprechenden Höhe. Beide Ansichten sind vertreten; wir werden uns für die erstere entscheiden.

§ 24.

Haben wir uns in dem ersten Teil der Arbeit namentlich mit dem Wesen der gesellschaftlichen Rechte Dritten gegenüber befaßt, so ergibt sich hier vor allem als Kernpunkt die Frage nach der Natur der gesell-

[1]) Dieselbe Gleichsetzung auch im J. W. 1895 S. 332 Nr. 29.

schaftlichen Rechte im Verhältnisse zu den anderen Gesellschaftern.

Auszugehen ist von der Gestaltung der Bruchteilsgemeinschaft. Sind zwei zusammen Eigentümer eines Grundstückes, so stehen dort zwei Rechte nebeneinander, ganz selbstständig. Der eine ist Eigentümer, der andere ist Eigentümer.[1]) Nur ist das Objekt dieses Eigentums nicht so sichtbar, wie wenn jemand allein Eigentümer eines Grundstückes ist. Niemand kann, solange die Gemeinschaft besteht, auf einen bestimmten körperlichen Teil des Grundstückes weisen und sagen: Das ist mein Eigentum.

Aber er kann sagen, der und der Prozentsatz des Grundstückes gehört mir; in Bezug auf diesen Teil habe ich Eigentum, das prinzipiell unbeschränkte Recht, über das ich verfügen kann, wie es mir beliebt. Das Wort Eigentum paßt freilich streng genommen auch schon nicht mehr auf diesen Rechtstypus. Denn unter Eigentum versteht man gemeiniglich das unmittelbare Recht an einer Sache. Hier aber sahen wir, ist das Objekt des Rechts eigentlich nicht mehr die Sache selbst; denn das Objekt des Rechtes ist nicht greifbar. Trotzdem ist man berechtigt, auch bei der Bruchteilsgemeinschaft von Eigentum jedes Gemeinschafters zu reden. Denn das Eigentum ergreift stets nur die Qualität einer Sache als Rechtsobjekt; und dann liegt in der Tat zwischen Eigentum und Bruchteilseigentum nur ein quantitativer Unterschied.

Miteigentum nach Bruchteilen ist Eigentum an einem Teil; nicht an einem greifbaren Teil, dann liegt kein Miteigentum vor, sondern Alleineigentum, am

[1]) Daraus ergibt sich ohne weiteres die Verfügungsbefugnis des Einzelnen über sein Recht. Richtig sagt Sohm S. 64: In dem Rechtssatze von der freien Verfügungs-Macht über den Anteil liegt das Wesen der Bruchteilsgemeinschaft ausgesprochen.

ideellen Teil; Miteigentum zu ideellen Anteilen, wie es seit alters her treffend heißt. Der Ton liegt durchaus auf dem Teil; Objekt des Eigentums ist der Teil. Daß man von Miteigentum spricht, leitet schon irre; denn das „Mit“ erweckt den Anschein, als ob ein Recht Mehreren zustände. Das ist aber nicht der Fall; daß dem Einzelnen gehörende Recht ist ein völlig ungeteiltes, ein geteiltes Recht gibt es garnicht; geteilt ist das Objekt, die Sache; ein Recht, das dieses Objekt ungeteilt erfaßt, gibt es nicht. [1])

Dem gegenüber steht theoretisch folgende Konstruktion:

Das Objekt, das Grundstück, bleibt ungeteilt; es werden an ihm keine Teile unterschieden, weder körperlich greifbare noch gedachte — und es gibt keine zu solchen Teilen in Beziehung stehende Rechte; alle Rechte, die dieses Grundstück zum Objekt haben, beziehen sich auf das ganze Grundstück. [2]) Aber mehrere Personen stehen auch zu diesem Grundstücke in Beziehung; auch sie sind Träger der Rechte, die in einer Hand vereinigt Eigentum bedeuten würden. Jeder von den mehreren hat ein Recht für sich; denn er bildet ein Individium für sich — hat rechtliche Beziehung zu einer Sache — hat folglich ein Recht, ein Herrschafts-

---

[1]) v. Tuhr S. 82: Bei dieser Auffassung gibt es bei der Bruchteilsgemeinschaft genau genommen kein gemeinschaftliches Recht; was BGB. § 741 folgende so nennt, ist eine Summe von inhaltlich gleichartigen und im gleichen Range stehenden Einzelberechtigungen am selben Objekt, deren Gesamtheit die Machtbefugnisse darstellt, die einem Subjekt zustehen würden, wenn dasselbe die Alleinherrschaft über das Objekt hätte.

[2]) GR. 65, 235: Man kann mit Recht sagen, daß grundsätzlich jeder Gemeinschafter auf das Ganze berechtigt sei und nur durch die Mitberechtigung seiner Teilhaber eingeschränkt werde.

recht, ein Sachenrecht. Dieses Recht des Einzelnen ist ein selbstständiges Recht, begrifflich selbstständig, denn es hat nur ihm zum Subjekt. Dies Recht steht nur ihm zu, niemanden anders. [1]) Denn es ist, nach wie vor, ein begrifflicher Widerspruch, wenn ein ungeteiltes Recht mehreren zustehen soll. „Soviel Rechtsträger, soviel Rechte." [2]) Eine andere Frage ist jedoch, ob dieses Recht allein wirksam sein kann, oder ob es zur rechtlichen Aeußerung des Zusammenhalts mit anderen Rechten und zwar den Rechten der Mitberechtigten bedarf. Alle Recht zusammen ergeben Eigentum. Eigentum ist ein vom Rechte anerkanntes Recht, ausübbar in allen Richtungen. Nicht anerkannt, nirgends, ist die rechtliche Aeußerung eines Teilrechtes nach außen; es äußert seine Wirkung lediglich dem Genossen gegenüber. Miteigentum nennt man auch diese Rechte: Miteigentum zur gesamten Hand.

Im Worte Miteigentum liegt zweierlei. Am richtigen Platze ist hier das „Mit"; denn dieses Recht ist nur denkbar und wirkungsfähig mit anderen Rechten zusammen; irreleitend ist „Eigentum." [3]) Auch Eigentum

---

[1]) Dies sind die ideellen Anteile Thöls, S. 329/30, die sicher vorhanden, aber unpraktisch sind. ROHG. 12, 261. Gierke, Enzyk. I, S. 936: Da das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern gemeinschaftlich zur gesamten Hand gehört, steht jedem Gesellschafter daran ein Anteil, jedoch ein auausgeschiedener und gebundener Anteil zu. Cosak II, 2, S. 442: Der Gesellschafter ist Mitgläubiger der gesamten Forderung. Gierke, Arch. 19, 125: Die Anteile an den einzelneu Gegenständen schlummern nur.

[2]) Sohm S. 62.

[3]) RG. 56, 432: Beim Eigentum zur gesamten Hand besteht ein Eigentum des Einzelnen weder in der Form eines nach Bruchteilen gestellten Miteigentums an den einzelnen Stücken des gemeinschaftlichen Vermögens, noch in der Form eines solchen Miteigentums an dem ganzen Inbegriffe des Vermögens.

und Miteigentum zur gesamten Hand stehen in dem Verhältnis vom Ganzen zum Teil. Aber die Teilung (hier des Rechtes) ist nicht real, sondern ideell. Der Gegensatz zum Gesamthandeigentum ist — halbes, viertel usw. Eigentum, oder, da halbes Eigentum nicht vorkommt, Pfandrecht, Nießbrauch usw. In allen diesen Fällen wird aus dem Eigentum ein realer Splitter herausgelöst. Reale Teile des Eigentums werden von dem Träger des Eigentums auf einen andern übertragen. Beim Gesamthandeigentum wird nicht ein realer Teil übertragen, sondern ein ideeller; von allen in dem Eigentum enthaltenden Befugnissen wird ein Teil übertragen.

Bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand ist der Gegenstand der Gemeinschaft nicht geteilt, sondern nun auch nicht das Recht sozusagen real, sondern eben das Recht ideell. Und diese ideelle Teilung bewirkt, daß die ideellen Teile des Rechtes etwas qualitativ anderes sind, als das ganze Recht. Die Eigentumssplitter der Gesamthänder sind kein Eigentum, sondern namenlose Rechte. Der Oberbegriff ist der des gesamthändischen Anteils.

Ich fasse zusammen; bei der Bruchteilsgemeinschaft haben wir: mehrere ungetrennte Objekte, mehrere Rechte. Bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand: ein Objekt, mehrere Rechte, die wegen der Einheit des Objektes unselbstständig sind. Selbständig ist die Summe dieser Rechte und daraus resultiert der Gebrauch, die Einheit der Gesamthänder als Rechtsträger hinzustellen.

Was hier von dem Zuständigkeitsrecht gesagt ist, gilt von allen Rechten, auch von den Ausübungsrechten.

Das Gesellschaftsrecht ist nach dem Rechte der gesamten Hand ausgestaltet; [1]) dieser herrschenden

[1]) Ja, das Miteigentumsrecht ist nur wegen der gesellschaftlichen Verbundenheit der Miteigentümer zu einem Eigentum zur gesamten Hand ausgestaltet. Binder III, S. 23.

Lehre wollen wir uns anschließen. Es fragt sich nur, wieweit dies Prinzip der gesamten Hand als durchgeführt zu denken ist. Es stehen sich da bekanntlich die Theorien der geteilten und ungeteilten Mitberechtigung gegenüber. Wir sind bei der Auseinandersetzung des Prinzipes der gesamten Hand vom Eigentum zur gesamten Hand ausgegangen, also gerade von der gesamten Hand im Gebiete von Zuständigkeitsrechten; damit gingen wir von einem Gebiete aus, das schon nur der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung angehört. Denn die Besonderheit der Theorie der geteilten Mitberechtigung liegt eben darin, daß sie die Zuständigkeit der Rechte geteilt sein läßt und das Prinzip der gesamten Hand auf die Ausübung der Rechte beschränkt. [1]) Das Für und Wider der beiden Meinungen ist kürzlich von Kaufmann eingehend erörtert worden; es ist nicht möglich, im Rahmen dieses Arbeit etwas wesentlich Ergänzendes zu sagen. Nur eins ist zu betonen. Wir erkannten vorhin auch bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand gesonderte Rechte des einzelnen Gesamthänders an; es sind dies aber keine Rechte, die eine Teilung der Zuständigkeit im gewöhnlichen Sinne bedeuten. Zuständigkeit einer Sache ist Eigentum einer Forderung, das Forderungsrecht. Das Recht des einzelnen Gesamthänders ist nicht Eigentum, nicht Forderungsrecht, sondern ein Recht der Mitträgerschaft schlechthin; nicht berechenbar in Quoten oder Teilen des Eigentums oder des Forderungsrechtes. [2])

[1]) Kaufmann S. 48.

[2]) Solche Rechte erkennen aber auch die Vertreter der ungeteilten Mitberechtigung an. Vgl. z. B. Kaufmann S. 59: Subjekt des Eigentums sind die Gesellschafter in der speziellen Verbundenheit des einzelnen Gesellschaftsverhältnisses. Der Inhalt des Zuständigkeitsrechts wird nur durch die Konkurrenz der Mehreren erfüllt, indem das Recht jedes Einzelnen zwar auf das ganze gerichtet ist, aber durch die Anteile der anderen qualitativ beschränkt ist.

§ 25.

Nachdem wir so das Recht des einzelnen Gesellschafters charakterisiert haben, ergibt sich leicht die Möglichkeit, den Umfang der Verfügung festzustellen. Läge lediglich eine Verfügung über Teile des Rechtes vor, so müßte der Anteil des Gesellschafters an dem betreffenden Objekt ein Recht der gleichen Art dessen sein, über das verfügt ist. Verfügt wird in dem abgenommenen Beispiel über Eigentum; es entsteht für den Gesellschafter ein Anteil am Grundstück. Dieses Recht ist wesentlich verschieden von dem, was er aufgegeben hat; es war gewiß in dem Recht, das er aufgab, enthalten; denn im Eigentum sind alle Rechte enthalten, auch das Recht eines Gesamthänders, wie das Recht eines Gesamthänders ja ein Teileigentum ist. Es war aber nicht verfügbar darin enthalten; denn das Recht, mit anderen zusammen Träger eines Rechtes zu sein, hat nur die Möglichkeit praktischer Wirksamkeit da, wo eine Mehrheit vorhanden ist, innerhalb derer er sich betätigen kann.

Das Anteilsrecht, das für den Mann entsteht, ist also kein Teil des Rechtes, der vor der Veräußerung an die Gesellschaft selbständig war, den er also aufgab; es entsteht als Sonderrecht erst in seiner Person, nicht anders, wie der Anteil in der Person der anderen Gesellschafter entsteht. Daß das so entstehende Recht nicht ins Gesamtgut fällt, haben wir oben gesehen[1]).

Die Anschauung, daß das Einbringen in die Gesellschaft eine Verfügung über den ganzen Gegenstand darstelle, hat auch da, wo das Reichsgericht sich mit der Frage zu befassen hatte, zu brauchbaren Ergeb-

[1]) Gierke, Vereine S. 23, woselbst Literatur. Sohm, Gegenstand S. 73 Anm. 19: der Veräußernde behält keinen vermögensrechtlich gearteten Anteil zurück.

nissen geführt[1]). Einmal handelte es sich um den Erwerb unter dem Schutze des guten Glaubens: Ein Gesellschafter hatte im bösen Glauben ihm nicht gehörige Gegenstände eingebracht, und der geschäftsführende Gesellschafter diese im guten Glauben angenommen. Das Reichsgericht nahm an, daß eine Verfügung über das ganze Objekt vorläge, daß dem Geschädigten kein Teil des Rechtes mehr zustände, daß die Verfügung vielmehr auch hinsichtlich des bösgläubigen Einbringers wirksam sei[2]).

Das andere Mal taucht die Frage nach dem Verfügungsumfange im Stempelsteuerrecht auf; ob im Einbringen eine Veräußerung des ganzen Rechtes oder nur eine Veräußerung eines Teiles zu erblicken sei. Daß Reichsgericht hat sich auch hier auf den Standpunkt gestellt, daß eine Verfügung über den ganzen Gegenstand vorläge, daß also der Stempelbetrag für das ganze Objekt bezahlt werden müßte.

Diese Entscheidung ist nicht ohne Widerspruch geblieben; so behauptet Hellwig[3]), freilich ohne Gründe, daß eine teilweise Veräußerung lediglich vorläge. Und auf den ersten Blick hat diese Auffassung sicherlich eine Empfindung des befriedigten Rechtsgefühles für sich, namentlich, wenn man die Konsequenz aus der hier vertretenen Ansicht zieht, und auch bei der Einbringung eines den Gesellschaftern zu Bruchteilen gemeinsamen Grundstückes[4]) in das Gesellschaftsvermögen, Auflassung und demnach Versteuerung des ganzen Grundstückes verlangt[5]). Die Berechtigung

---

[1]) Ebenso v. Tuhr S. 353; RG. 9, 143.

[2]) Ebenso v. Tuhr S. 354, Anm. 20a, der den Geschädigten auf BGB. § 816 verweist.

[3]) Anspruch und Klagrecht S. 198; Anm. 1, freilich nicht für die O. H.

[4]) Kaufmann § 20.

[5]) RG. Gruchot 38, 1065, verneint nur das Vorliegen eines

liegt aber darin, daß die Möglichkeit des Ein- und Austritts von Mitgliedern sonst den steuerlosen Übergang von einem auf den anderen Gesellschafter ermöglichen würde[6]), zumal auch die Übernahme des Gesellschaftsvermögens der sich auflösenden Gesellschafter durch einen Gesellschafter keiner Auflassung bedarf bei vorhandenen Grundstücken.[7])

Und auch in unserem Falle führt die Annahme der totalen Verfügung m. E. allein zu irgendwelchen brauchbaren Resultaten. Die andere Ansicht würde dazu führen, daß am Gesellschaftsvermögen andere berechtigt sind, als die Gesellschafter. Zu welchem Teile sollte auch die Gesamthand berechtigt sein? Alle die Schwierigkeiten hat das Reichsgericht in der Entscheidung über den Erwerb kraft guten Glaubens sehr eingehend dargelegt.

§ 10.

Einen besonderen Fall der Verwendung von Gesamtgut in das Gesellschaftsvermögen bildet die Nichterhebung von Zinsen und Gewinn-Anteilen. Es fragt sich nämlich, ob die Zinsansprüche nach Ablauf eines Jahres ihre gesonderte Existenz verlieren und erst später im Anspruch auf das A. G. wieder aufleben, oder ob sie gesondert weiterleben und lediglich ihre Geltendmachung bei bestehender Gesellschaft ausge-

---

Kaufvertrages. Ebenso RG. 56, 100; 30, 152; J. W. 96, S. 423 Nr. 68: Illation stets Veräußerung, nicht aber immer ein Verkauf. Ebenso J. W. 95, S. 332, Nr. 29.

[6]) RG. 65, S. 240.

[7]) RG. Gruchot 43, 202; S. A. 54, 178 ff., RG. 18, 43, unter der treffenden Erwägung, daß bei der O. H., die ja als solche im Grundbuche steht, gar keine Gelegenheit zur Auflassung gegeben sei. RG. 25, 252; Gierke, Vereine S. 25 ff. Vgl. vor allem Kauffmann § 23.

schlossen ist. Im ersteren Falle würde der Frau, da ihr kein Recht an dem Anspruch auf das A. G. zusteht, auch kein Recht auf die nicht abgehobenen Gewinne verbleiben. Im letzteren Falle würden die Ansprüche als gesondert noch bestehen, und so wie sie sind, also betagt, in das Gesamtgut fallen.

Das Handelsgesetzbuch regelt die Frage nach der Gewinnbeteiligung in einer seltsam unjuristischen, aber rechnerisch brauchbaren Weise. Spricht das BGB. von Ansprüchen auf Gewinn-Anteil, so spricht das HGB. lediglich in § 122 von dem Recht jedes Gesellschafters, so und so viel zu entnehmen. Trotzdem besteht kein Zweifel, daß Ansprüche gemeint sind; das Gesetz geht von dem Typus des geschäftsführenden Gesellschafters aus, für den sich das Recht in der Tat als Entnahme-Recht charakterisieren wird. Für den nicht Geschäftsführenden ist offensichtlich das Recht nur ein Anspruch gegen die übrigen Gesellschafter oder gegen die O. H. In diesem Falle wird bei Streitigkeiten das Recht durch Klage geltend gemacht auf Auszahlung[1]). In der Terminologie des Anspruchs ist also der Inhalt des § 122 HGB. dieser: Jeder Gesellschafter hat Anspruch auf 4 % des für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteils, sowie, soweit es nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht, auf die den bezeichneten Betrag übersteigende Gewinn-Anteilssumme, die nach § 121 Abs. 3 HGB. in der Regel nach Köpfen berechnet wird.

Der Anspruch geht also lediglich auf die Gewinnansprüche des letzten Jahres; nach Ablauf eines Jahres können die Gewinn-Anteilsansprüche nicht mehr geltend gemacht werden.

Gemäß § 120 Abs. 2 wird der den Gesellschaftern zukommende Gewinn dem Kapitalanteile des Gesell-

[1]) Ebenso Staub I, S. 457.

schafters zugeschrieben. Daß der sogenannte Kapitalanteil kein Recht, sondern lediglich eine Rechnungsgröße ist, wurde oben schon berührt. Der Kapitalanteil ist das Konto, auf dem über die gesellschaftlichen Beziehungen eines Gesellschafters Buch geführt wird. Nach der Größe des Kapitalanteils gebührt dem einzelnen Gesellschafter Gewinn und Verlust. Daraus, daß die Gewinnanteile dem — für künftige Gewinne maßgebenden — Kapitalkonto zugeschrieben werden, ist zu entnehmen, daß sie keine gesonderte Existenz führen, sondern daß der Gesellschafter zu ihnen steht, wie zum andern gesellschaftlichen Vermögen, daß die Ansprüche auf Gewinn-Anteil resolutiv bedingt sind durch den Ablauf eines Jahres, daß nicht nur ihre Geltendmachung suspendiert wird, sondern ihre sonderrechtliche Existenz vernichtet wird, daß durch den Ablauf eines Jahres infolge der nicht abgehobenen Zinsen und Gewinne die Rechnungsgröße „Einlage" des betreffenden Gesellschafters sich vermehrt[1]).

Es ist dies der einzige Fall, daß ein Gesellschafter ohne, ja gegen den Willen der Mitgesellschafter seine Beteiligungsziffer erhöhen kann und damit die Aussicht des erhöhten Auseinandersetzungsguthabens. v. Hahn (I, S. 370) drückt den hier verfochtenen Gedanken dahin aus, daß „die Zinsen und der Gewinn-Anteil nun definitiv in das seiner Verfügung entzogene Gesellschaftsvermögen übergegangen sind". Laband[2]) scheint — allerdings für das alte HGB., wo die Sache aber in diesen Punkten nicht anders lag — anderer Ansicht zu sein: Wenn der Gesellschafter den Gewinn aus der Gesellschaftskasse nicht entnimmt, und die übrigen Gesellschafter die Erhöhung nicht gestatten, so wird der Betrag auf dem sogenannten Kapitalkonto

[1]) Staub I, S. 457, 458.
[2]) Z. 31, S. 30, Anm. 25.

abgeschrieben und ihm auf seinem Separat-Konto gutgeschrieben. Dadurch wandelt sich der Betrag aus einem Anteil am Gesellschaftsfonds in ein zum Privatvermögen gehöriges Guthaben des Gesellschafters um. Die Ansicht scheint mir mit der Auffassung des Gesetzes im Widerspruch zu stehen, wo anerkannt ist, daß sich nach dem durch die Gewinn-Anteile erhöhten Kapital-Anteile der Gewinn künftiger Jahre richten solle. Nähme man mit Laband die gesonderte Existenz des Anspruchs auf Gewinnanteil an, so hätte das auch im Konkurse seine Bedeutung, denn dieser Anspruch könnte als Konkursanspruch angemeldet werden und der Gesellschafter würde demgemäß mit anderen Konkursgläubigern konkurrieren[1]).

Das Reichsgericht hat sich mit der Frage direkt nicht befaßt, es behandelt aber einmal einen Fall, der m. E. zum Vergleich herangezogen werden muß: Ein Gesellschafter hatte in einem Erbvertrage seinen Mitgesellschafter zum Erben seines Anteils eingesetzt; vor seinem Tode hatte er eine Gesellschaftsschuld aus seinem Privatvermögen getilgt, die Ersatzforderung nicht geltend gemacht, sondern den Betrag auf seinem Kapital-Konto gutschreiben lassen[2]), und gemäß diesem so erhöhten Posten Zinsen und Gewinn-Anteile bezogen. Trotzdem nahm das Reichsgericht (31, 143) an, daß diese Forderung nicht ihre selbständige Existenz eingebüßt habe, mithin nicht mit dem Anteil zusammen den Vertragserben zufallen müsse, sondern den übrigen Erben gebühre.

Mir scheint vor allem die Tatsache der Einwirkung auf die Höhe der Gewinne des nächsten Jahres dagegen zu sprechen, hier eine gesonderte Forderung

[1]) Dagegen auch Staub I, 515 und 358.

[2]) Das ist wichtig, denn prinzipiell gehören natürlich Ersatzansprüche eines Gesellschafters zum Privatvermögen.

anzuerkennen; sowie die Tatsache, daß die Ansprüche nach Ablauf eines Jahres nicht mehr erhoben werden können, dafür zu sprechen, daß die Ansprüche auf Gewinnanteil nach dieser Zeit nur mehr bei der Auseinandersetzung geltend gemacht werden können und dann in dem allgemeinen Anspruch auf das letzte Guthaben aufgehen.

§ 27.

Bei Verfügungen über Gesamtgut zu Gunsten der Gesellschaft wie bei der Nichterhebung der Zinsen und Gewinne gehen also, wie wir sahen, zunächst ersatzlos Werte des ehelichen Gesamtgutes verloren und damit mittelbar der Frau Vermögensobjekte, die ihr dem Werte nach zur Hälfte bei der Auseinandersetzung gebühren. Gibt es nicht Mittel, der hierin liegenden Ungerechtigkeit zu entgehen?

Ein schuldhaftes Handeln kann den Ausgangspunkt nicht bilden; im Hinblick auf jedes Verschulden ist der Mann durch § 1456 BGB. gedeckt. Und der Spezialfall der Schädigungsabsicht liegt gar zu fern. Kann so auf die Verfügungen allein nichts gebaut werden, so bietet der Umstand Grundlage für Ansprüche der Frau, daß die Verfügungen auf der anderen Seite die Gesellschaft haben, zu deren Mitgliedern der Ehemann zählt. Auszugehen hat man also von der Bereicherung des Sondergutes; dieses ist die geeignete Grundlage, denn gemäß § 1539 mit § 1439 BGB. ist, soweit das Sondergut eines Ehegatten zur Zeit der Beendigung der allgemeinen Gütergemeinschaft auf Kosten des Gesamtgutes bereichert ist, aus diesem bereicherten Gute Ersatz zu leisten.

Die Voraussetzungen sind m. E. sämtlich erfüllt Bereichert ist nur der zum Sondergut gehörende Anteil. Das ist auch im Falle der nicht erhobenen Gewinn-Ansprüche nicht anders; denn, auch wenn man das

Untergehen der Ansprüche auffaßt als eine Legalwirkung und argumentieren möchte, daß die Ansprüche nur als bedingte ins Gesamtgut gefallen wären, daß also der Eintritt der Bedingung nur eine natürliche Entwickelung wäre — so ist zu erwidern, daß auch eine natürliche Entwicklung zu einer Schädigung auf der einen Seite, zu einer Bereicherung auf der anderen Seite führen kann.

§ 28.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß in das eheliche Gesamtgut lediglich die Gewinn-Anteilsansprüche fallen, daß im Übrigen die Frau keine Rechte hat, nur bei Verfügungen aus dem Gesamtgut einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.